

La naturaleza de la Unión Europea

Luis María Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

BARCELONA, OCTUBRE DE 2008

*Abstract**

Desde el punto de vista de sus fines y funcionamiento, la caracterización de la Unión Europea como una organización internacional es insuficiente. ¿Qué es entonces? Tampoco se trata de una nueva forma de Estado, ni de una especie de “super-Estado”. Este trabajo analiza aquellas peculiaridades jurídicas de la Unión Europea que ponen de manifiesto cómo se encuentra de algún modo a caballo entre el derecho internacional y el derecho constitucional.

From the standpoint of its goals and performance, the characterization of the European Union as an international organization is insufficient. What it is then? It is neither a form of state, nor a supra-state. This article studies the legal specificities of the European Union that show how its nature can be found between international and constitutional law.

Title: The Legal Nature of the European Union

Palabras clave: Unión Europea; Constitución europea; Tratado de Lisboa

Keywords: European Union; European Constitution; Lisbon Treaty

* Algunos de los temas abordados en el presente trabajo fueron ya tratados en mi volumen *Constitucionalismo de la Unión Europea* (2002). Ahora se reexaminan, con amplias variaciones. El texto del presente artículo fue concluido prácticamente cuando el Consejo Europeo de 22 y 23 de junio de 2007 dio luz verde a la elaboración de un nuevo tratado de reforma. El [Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea](#) (DOUE C 306, de 17.12.2007) debería resolver algunos de los problemas aquí analizados.

Sumario

1. La Unión Europea entre el derecho internacional y el derecho constitucional
 - 1.1. El origen internacional y el objetivo de la integración
 - 1.2. La compleja estructura por pilares de la Unión Europea
 - 1.3. El problema de la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea
 - 1.4. El problema de la personalidad jurídica de la Unión Europea
 - 1.5. El proceso de constitucionalización de los Tratados constitutivos
 - 1.6. El fallido intento de constitucionalización formal
2. Mito y realidad de la forma de tratado internacional
 - 2.1. Las dificultades conceptuales de un constitucionalismo supranacional
 - 2.2. El carácter histórico de la barrera entre lo convencional y lo constitucional
 - 2.3. Diferencias y similitudes entre las constituciones federales y los tratados multilaterales
 - 2.4. La peculiar rigidez del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos
3. El problema de la autoridad última en la Unión Europea
 - 3.1. ¿Quién tiene la competencia sobre las competencias?
 - 3.2. El argumento de los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos
 - 3.3. La pretensión estatal de controlar las extralimitaciones de la Unión Europea
 - 3.4. Referencia a la doctrina de la *interposition* en la historia constitucional norteamericana
 - 3.5. El concepto de soberanía y los vínculos convencionales
4. La condición de Estado miembro de la Unión Europea
 - 4.1. Requisitos de la pertenencia a la Unión Europea
 - 4.2. El principio de autonomía institucional de los Estados miembros
 - 4.3. La delimitación del territorio y de la ciudadanía de la Unión Europea por remisión a los Estados miembros
 - 4.5. ¿Existe un derecho de retirada unilateral de la Unión Europea?
 - 4.6. El mantenimiento del carácter plenamente estatal de los Estados miembros
5. *Demos* y democracia en la Unión Europea
 - 5.1. La cuestión de la democracia en la Unión Europea
 - 5.2. ¿Es relevante la inexistencia de un *demos* europeo?
 - 5.3. Ciudadanía de la Unión Europea e identidad nacional de los Estados miembros
6. Bibliografía

1. La Unión Europea entre el derecho internacional y el derecho constitucional

1.1. El origen internacional de la Unión Europea y el objetivo de la integración

La Unión Europea tiene un origen inequívocamente internacional. Ha sido creada por toda una serie de tratados internacionales, normalmente designados como “Tratados constitutivos”¹. Estos establecen una estructura permanente a la que encomiendan la realización de determinados fines. Es evidente, por ello, que los Tratados constitutivos dan vida a una organización internacional. Si se examina la Unión Europea desde el punto de vista de las normas jurídicas sobre las que se funda, forzoso es concluir que pertenece al ámbito del derecho internacional. Este debe ser el punto de partida.

Ocurre, sin embargo, que la caracterización de la Unión Europea simplemente como una organización internacional ha venido dejando insatisfechos a muchos observadores; y es significativo, además, que esa insatisfacción sea independiente del mayor o menor entusiasmo europeísta de cada uno². Esto quiere decir que la insuficiencia de la caracterización de la Unión Europea como una organización internacional se basa en un juicio de hecho, más que en un juicio de valor. La razón principal es la excepcional ambición del objetivo perseguido, consistente en la integración económica y, en gran medida, también política a escala continental. La amplitud y la intensidad de las competencias atribuidas a la Unión Europea son, así, inusuales en comparación con las demás organizaciones internacionales. Más aún, la Unión Europea no ha sido concebida como una estructura a la que se encomiendan ciertos fines prefijados de una vez para siempre, sino que se trata de una empresa siempre abierta a nuevas tareas comunes. Como dice elocuentemente el art. 1 TUE, es “el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”.

El ambicioso objetivo de la integración va acompañado, además, por la entrega a la Unión Europea de instrumentos particularmente poderosos. Se trata de la previsión en los Tratados constitutivos de varias clases de actos de derecho derivado –es decir, actos elaborados y aprobados por la propia Unión Europea– algunos de los cuales tienen eficacia directa en el interior de los Estados miembros, sin necesidad de normas nacionales de recepción. Tal es destacadamente el caso, según dispone expresamente el art. 249 TCE, de los reglamentos y decisiones comunitarios. Es verdad que la posibilidad de producir derecho derivado no es una peculiaridad de la Unión Europea, pues muchas organizaciones internacionales gozan también de facultades de esa índole. Lo que ya no es normal, en cambio, es la producción sistemática y cotidiana de derecho derivado, de manera que éste sea el medio principal de realización de los

¹ Sobre la historia de la Unión Europea, véase B. OLIVI (1993), *L'Europa difficile (Storia politica della Comunità Europea)*, Il Mulino, Bolonia.

² Véase, por ejemplo, dentro de la doctrina alemana, los muy distintos puntos de vista expuestos recientemente por Ulrich EVERLING, Ulrich HALTERN, Paul KIRCHOF y Manfred ZULEEG, todos ellos en A. VON BOGDANDY y J. BAST (eds.) (2006), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford/Portland, p. 675 ss.

finés de la organización internacional. Por ello, cuando se habla de “legislación comunitaria” o de “legislación europea” para referirse a las normas de derecho derivado de la Unión Europea, la metáfora refleja fielmente la realidad: la Unión Europea es, antes que cualquier otra cosa, una entidad reguladora³.

La combinación de un objetivo ambicioso y unos instrumentos poderosos suele conducir a reconocer que la Unión Europea, aun siendo por su origen una organización internacional, es una organización internacional *sui generis*. Para describir esta peculiaridad de la Unión Europea, se ha acuñado la expresión “supranacionalidad”, que se contrapone al carácter intergubernamental que tradicionalmente han tenido las relaciones internacionales. La Unión Europea es supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares; y en un sentido decisorio, porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad –la tendencia ha venido siendo la de reducir progresivamente las materias en que se exige la decisión unánime- y porque en el procedimiento participan actores distintos de los representantes de los Gobiernos. El cuadro de las instituciones políticas de la Unión Europea, en efecto, no se reduce sólo al Consejo, sino que comprende también la Comisión y el Parlamento Europeo⁴. La supranacionalidad ha alcanzado tal grado de desarrollo que puede decirse, sin reservas, que la Unión Europea ejerce verdadero poder político. Es más: en muchas de las materias de su competencia, el auténtico centro de poder ha dejado de estar en los Parlamentos y Gobiernos nacionales, para transferirse a Bruselas⁵.

Así, si se observa la Unión Europea desde el punto de vista de sus fines y su funcionamiento, en lugar de hacerlo desde el punto de vista de su origen, deja de ser obvio que pertenezca exclusivamente al ámbito del derecho internacional: aunque formalmente es una organización internacional, sustancialmente es algo más. ¿Qué es entonces? Lo único que puede afirmarse con certidumbre es que no se trata de una nueva forma de Estado, ni de una especie de “super-Estado”, básicamente porque, como se verá más adelante, carece de algunos de los elementos definitorios de lo estatal. Pero a partir de aquí las cosas distan de estar claras. Aunque existe una muy abundante literatura sobre el tema, el enfoque es casi siempre descriptivo. Las muy distintas teorías que tratan de aprehender los rasgos esenciales de la Unión Europea tienen un innegable interés a la hora de explicar la realidad⁶. Pero su utilidad es sólo relativa a la hora de interpretar y aplicar normas jurídicas. Por ello, a continuación se hará hincapié en las peculiaridades jurídicas de la Unión Europea y, en particular, en aquéllas que ponen de manifiesto cómo se encuentra de algún modo a caballo entre el derecho internacional y el derecho constitucional.

³ Véase G. MAJONE (1994), “The Rise of the Regulatory State in Europe”, *West European Politics*, núm. 17, p. 77 ss.

⁴ Sobre el concepto de supranacionalidad, véase el clásico trabajo de J. H. H. WEILER (1985), *El sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bolonia, p. 41 ss.

⁵ Véase S. CASSESE (1991), “La costituzione europea”, *Quaderni costituzionali*, p. 487 ss.

⁶ Para un claro resumen de las distintas teorías explicativas de la Unión Europea, véase C. CLOSA (1997), *Sistema político de la Unión Europea*, Editorial Complutense, Madrid, en especial p. 167 ss.

1.2. La compleja estructura por pilares de la Unión Europea

La Unión Europea posee una estructura compleja. Aunque hasta ahora se ha empleado el singular, como si se tratase de una entidad unitaria y homogénea, es sabido que la Unión Europea en sentido estricto sólo existe desde el Tratado de Maastricht de 1992.

Con anterioridad únicamente existía la Comunidad Europea o, para ser exactos, las tres Comunidades Europeas: la CECA creada en 1951, y la CEE y el EURATOM creadas en 1957. Las tres Comunidades Europeas compartieron desde un primer momento la Asamblea -luego Parlamento Europeo- y el Tribunal de Justicia y, desde 1965, también ha habido una única Comisión y un único Consejo. Hasta 1992 había, así, tres Comunidades Europeas con un aparato institucional plenamente unitario. Ello explica que cada vez con mayor frecuencia se hablase de la Comunidad Europea, como expresión única para referirse al conjunto de las tres. Ahora bien, la existencia de un aparato institucional unitario no supuso, en rigor, una fusión de las tres Comunidades Europeas. Cada una de ellas mantuvo su propia existencia específica, lo que en términos prácticos significaba, al menos, dos cosas: primero, cada una de las tres Comunidades Europeas tenía reconocida una personalidad jurídica propia y diferenciada; segundo, para determinar las competencias comunitarias en cada materia, así como el procedimiento idóneo para ejercerlas, era preciso acudir al correspondiente Tratado constitutivo. Y a este respecto no debe olvidarse que, si bien los dos Tratados de Roma de 1957 son muy parecidos entre sí, el Tratado de París de 1951 presentaba notables diferencias con respecto a aquéllos. Pues bien, la CECA ha dejado de existir en 2002, al haberse dejado deliberadamente expirar el plazo de cincuenta años para el que fue instituida⁷. Pero el EURATOM, especializado en energía atómica, se ha seguido manteniendo siempre como una entidad distinta de la genérica CEE. Es muy significativo en este orden de ideas que ni siquiera la fallida Constitución para Europa, con toda su vocación unificadora, previese la extinción del Tratado EURATOM. En resumen, aun cuando se suele hablar de Comunidad Europea y exista un aparato institucional unitario, hay dos Comunidades distintas y, hasta 2002, había tres.

Hasta aquí, cuanto se refiere a la Comunidad Europea, lo que supone ya un cierto grado de complejidad estructural. Pero ésta se ha acentuado mucho más desde 1992: la Comunidad Europea, entendida en el sentido que se acaba de ilustrar, ha quedado integrada en una más amplia Unión Europea. Suele decirse que la Unión Europea consta de tres pilares: el primero es la Comunidad Europea, el segundo es la Política Exterior y de Seguridad Común, y el tercero es la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal. Por lo que ahora específicamente interesa, existe una importante diferencia entre el primer pilar y los otros dos. Mientras que la Comunidad Europea tiene un carácter marcadamente supranacional, en el significado ya conocido del término, los otros dos pilares tienen un carácter prevalentemente intergubernamental; es decir, responden a la lógica tradicional de las relaciones internacionales, tanto en el plano decisional

⁷ El art. 97 del Tratado CECA disponía: "El presente Tratado expirará el 23 de julio de 2002".

como en el plano normativo⁸. En esos dos campos, la Unión Europea sólo proporciona, en puridad, un marco para la cooperación entre los Estados miembros.

Dicho esto, no sería correcto pensar que los dos pilares intergubernamentales de la Unión Europea están totalmente impermeabilizados frente a la influencia supranacional del primer pilar. Por ejemplo, para llevar a cabo acciones comunes en el contexto del segundo pilar, puede resultar útil ejercer competencias propiamente comunitarias, como son las relativas a la libre circulación de personas, la política comercial común, etc. La exposición a la influencia supranacional es aún más clara con respecto al tercer pilar: de entrada, el Tratado de Ámsterdam de 1997 ha comunitarizado ciertas materias, tales como visados y asilo, trasladándolas del tercer pilar al primero; y, además, el art. 35 TUE otorga jurisdicción al Tribunal de Justicia con respecto a determinados actos de derecho derivado adoptados en el contexto del tercer pilar, lo que implica un debilitamiento de su carácter intergubernamental.

La compleja estructura por pilares de la Unión Europea, que se acaba de exponer, da lugar a dos problemas no desdeñables, relativos a la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y a la personalidad jurídica de la misma.

1.3. El problema de la unidad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea

Comenzando por la unidad del ordenamiento jurídico, desde la famosa sentencia *Van Gend en Loos* (26/62) de 5 de febrero de 1963, es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que la Comunidad Europea es un ordenamiento jurídico diferenciado. Dijo entonces el Tribunal de Justicia: “el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes.” Y añadió: “por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos miembros son no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales.” Así, la Comunidad Europea, aun surgiendo a través de tratados internacionales, es algo distinto del puro derecho internacional y también de los derechos de los Estados miembros. Es un ordenamiento jurídico diferenciado, provisto de sus propios métodos de creación y aplicación de normas e inspirado en principios propios. La cuestión es, entonces, si todo esto es también predicable de los pilares segundo y tercero: ¿hay un único ordenamiento jurídico de la Unión Europea a pesar del carácter intergubernamental de los pilares segundo y tercero o, por el contrario, éstos son sólo derecho internacional?

⁸ Véase D. CURTIN (1993), “The Constitutional Structure of the European Union: A Europe of Bits and Pieces”, *Common Market Law Review*, núm. 30, p. 17 ss.; D. CURTIN y I.F. DEKKER (2003), “The EU as a ‘Layered’ International Organization: Institutional Unity in Disguise”, en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 83 ss.; B. DE WITTE (1999), “La estructura en pilares y la naturaleza de la Unión Europea”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53-2, p. 11 ss.

Este interrogante no tiene una respuesta fácil⁹. Por un lado, es claro que la razón dada por la mencionada sentencia *Van Gend en Loos* para calificar la Comunidad Europea como ordenamiento jurídico diferenciado no concurre en los pilares segundo y tercero de la Unión Europea, ya que en ellos sólo surgen obligaciones vinculantes para los Estados miembros. Valga un ejemplo: las decisiones marco en materia de cooperación judicial y policial son probablemente lo más próximo que cabe hallar en los dos pilares intergubernamentales a los actos de derecho comunitario derivado, pues el art. 34.2.b) TUE las regula en términos que evocan la definición de las directivas, al decir que “obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Pero inmediatamente después dicho precepto añade: “No tendrán efecto directo.” Esto quiere decir que en los pilares segundo y tercero se ha excluido deliberadamente cualquier manifestación de eficacia directa y, por ende, de supranacionalidad normativa. El modo de operar de las normas de dichos pilares segundo y tercero es, así, el típico del derecho internacional. Este sería un argumento de peso para sostener que no hay un único ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sino que ésta consta de dos partes: un ordenamiento jurídico diferenciado por lo que hace al primer pilar, y un conjunto de normas –convencionales y de derecho derivado- de puro derecho internacional por lo que hace a los pilares segundo y tercero.

No obstante, hay también datos para sostener una visión distinta. La Unión Europea, como conjunto de los tres pilares, comparte unos mismos fines (art. 2 TUE) y se funda en unos mismos valores (art. 6 TUE), por no mencionar el hecho de que, si bien en los Tratados constitutivos hay algunas cláusulas de *opting out* (moneda única, supresión de fronteras interiores, etc.), no cabe que un Estado se adhiera sólo parcialmente a la Unión (art. 49 TUE). Además, no existen órganos propios para la actuación de la Unión Europea en los pilares segundo y tercero, sino que el art. 3 TUE dispone, más bien, lo contrario: “La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario.” Obsérvese que este precepto no se limita a establecer que la actuación en los pilares segundo y tercero se realizará, si es necesario, a través de las instituciones comunitarias ya existentes, pues añade significativamente que ello deberá hacerse “dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario”. Esto indica que la actuación en los pilares segundo y tercero nunca puede ir en menoscabo del acervo comunitario, es decir, del conjunto de reglas y principios de derecho comunitario, incluida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que en cada momento histórico señalan el nivel de integración ya alcanzado. En fin, el procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos es único (art. 48 TUE), por lo que queda excluido que las normas de aquéllos relativas a los dos pilares intergubernamentales puedan ser derogadas o modificadas por otras vías aun cuando estén admitidas en el derecho internacional.

Todo esto pone de relieve que los Tratados constitutivos conciben la Unión Europea como un todo. Ciertamente con una estructura compleja, pero un todo al fin y al cabo. El propio Tribunal de Justicia parece adherirse a esta visión en su importante sentencia *Maria Pupino* (C-105/03) de

⁹ Véase C.W. HERRMANN, “Much Ado about Pluto? (The ‘Unity of the Legal Order of the European Union’ Revisited)”, EUI Working Papers RSCAS 2007/05.

16 de junio de 2005, donde sostuvo que la ya mencionada prohibición expresa de dar eficacia directa a las decisiones marco no transpuestas tempestivamente no impide que sobre las autoridades nacionales deban interpretar su propia legislación en el sentido más acorde posible con la finalidad de la decisión marco. Ello implica extender un criterio hermenéutico típico del derecho comunitario, como es el principio de interpretación conforme, al tercer pilar. Esta construcción jurisprudencial no tendría ningún sentido si el tercer pilar fuera concebido como puro derecho internacional.

A la vista de todo lo anterior, tal vez lo más correcto sea que concluir que existe un único ordenamiento jurídico de la Unión Europea en su conjunto, aunque los modos de producción y aplicación de sus normas varían de un pilar a otro. Es importante destacar que ello no es un simple compromiso entre dos visiones opuestas, ni menos aún un simple artificio verbal. Decir que las normas de los pilares intergubernamentales se engloban, con sus propias peculiaridades, dentro de un único ordenamiento jurídico de la Unión Europea implica negar que sean puro derecho internacional y, por consiguiente, que estén sin más sometidas a los modos de producción y aplicación propios de éste.

1.4. El problema de la personalidad jurídica de la Unión Europea

El segundo problema derivado de la compleja estructura por pilares es si la Unión Europea goza de personalidad jurídica. Para enfocar adecuadamente este interrogante, conviene aclarar que ninguna duda ofrece la personalidad jurídica de la Comunidad Europea, ya que está expresamente establecida por el art. 281 TCE: “La Comunidad tendrá personalidad jurídica”. Y, con respecto al EURATOM, el art. 184 de su Tratado constitutivo se pronuncia en idénticos términos. Hay, así, dos personas jurídicas en el primer pilar; y antes de 2002 había tres, pues también la CECA tenía personalidad jurídica propia. La personalidad jurídica establecida por el art. 281 TCE se manifiesta en tres planos: en el ordenamiento de la Unión Europea, en los ordenamientos de los Estados miembros, y en el ordenamiento internacional general¹⁰.

En el ordenamiento de la Unión Europea, la Comunidad actúa como una persona jurídica única a todos los efectos y, por tanto, como un único centro de imputación de relaciones jurídicas. Ello quiere decir que las distintas instituciones comunitarias no tienen personificación autónoma, como tampoco la tienen cualesquiera otros organismos de la Comunidad Europea a menos que alguna norma especial disponga lo contrario. Esto último es lo que ocurre con el Banco Central Europeo (art. 107 TCE) y con el Banco Europeo de Inversiones (art. 266 TCE). Hay, asimismo, organismos cuya personificación autónoma viene dada por las normas de derecho comunitario derivado que los crearon. Tales son, por ejemplo, las agencias comunitarias (Agencia Europea de Cooperación, Agencia Europea de Medicamentos, Agencia Europea del Medio Ambiente, etc.)¹¹.

¹⁰ Véase E. CANNIZZARO (2004), “Art. 281 TCE”, en A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell’Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milán, p. 1261 ss.

¹¹ Véase E. CHITI (2002), *Le agenzie europee*, Cedam, Padua, en especial p. 315 ss.

En los ordenamientos de los Estados miembros, también actúa la Comunidad como una persona jurídica única con las mismas excepciones ya mencionadas para el ordenamiento de la Unión Europea. Aquí, sin embargo, el art. 282 TCE se preocupa de precisar más las cosas: “La Comunidad gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas; podrá, en particular, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles y comparecer en juicio. A tal fin, estará representada por la Comisión”. En idénticos términos está redactado el art. 185 del Tratado EURATOM. Más que a la capacidad jurídica en sentido estricto, que se confunde con el propio concepto de personalidad o subjetividad, este precepto parece referirse a la capacidad de obrar, entendida como plena aptitud para entablar relaciones jurídicas y realizar todo tipo de actos sin necesidad de que la propia voluntad sea tutelada por un tercero. El art. 282 TCE era seguramente necesario, ya que en muchos países existe una larga tradición de desconfianza hacia las personas jurídicas y, en consecuencia, de trabas legales a su actuación. Se comprenden así los dos mandatos establecidos por el art. 282 TCE. Por un lado, hace una remisión: los ordenamientos de los Estados miembros deben reconocer a la Comunidad la más amplia capacidad de obrar que ellos mismos otorguen a las personas jurídicas o, dicho de otro modo, no pueden tratar a la Comunidad de modo menos favorable que a las demás personas jurídicas. Por otro lado, en todo caso, deben reconocerle plena capacidad de adquirir y enajenar toda clase de bienes –lo que equivale a ausencia de limitaciones en la esfera patrimonial- y plena capacidad procesal. Ello implica que, incluso si hipotéticamente un ordenamiento nacional restringiera la capacidad de obrar de las personas jurídicas en esos terrenos, dichas restricciones no serían aplicables a la Comunidad. El precepto ahora examinado dispone, en fin, que la representación de la Comunidad en los ordenamientos de los Estados miembros corresponde a la Comisión.

En el ordenamiento internacional general, por último, la Comunidad tiene personalidad jurídica para establecer todo tipo de relaciones con otros sujetos de la comunidad internacional, es decir, con terceros Estados y con otras organizaciones internacionales. Su principal manifestación es el art. 300 TCE, que atribuye a la Comunidad el derecho de concluir tratados internacionales en materias de su competencia. A esto hay que añadir que el art. 17 del Protocolo de Privilegios e Inmunidades de las Comunidades Europeas prevé expresamente el derecho de legación. Conviene tener presente, en todo caso, que la personalidad jurídica de la Comunidad en el ordenamiento internacional general no depende únicamente de su previsión en los Tratados constitutivos: a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento de la Unión Europea y en los ordenamientos de los Estados miembros, aquí la personalidad jurídica de la Comunidad puede afectar también a terceros; y, dado que para esos terceros los Tratados constitutivos son *res inter alios acta*, el despliegue efectivo de la personalidad jurídica de la Comunidad requiere su reconocimiento por parte de aquellos terceros con los que entra en contacto. Esto no es sino aplicación de la regla general del derecho internacional en la materia: mientras que la personalidad jurídica de los Estados no puede ser ignorada, la de las organizaciones internacionales tiene que ser aceptada por sus posibles contrapartes¹².

¹² Véase P.M. DUPUY (2000), *Droit international public*, 5ª ed., Dalloz, París, p. 170.

Hasta aquí, la personalidad jurídica de la Comunidad Europea, que tiene fundamento claro en los Tratados constitutivos. ¿Qué cabe decir de la Unión Europea en su conjunto? Los Tratados constitutivos guardan silencio a este respecto, lo que lleva a algunos a negar que la Unión Europea esté personificada. La verdad es que el argumento de la falta de previsión expresa no es un argumento definitivo. El derecho internacional en materia de personalidad jurídica se basa en el principio de efectividad, no en el de atribución expresa. Así se desprende del dictamen del Tribunal Internacional de Justicia sobre *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* de 11 de abril de 1949, que es el caso fundamental en la materia: si una entidad está en condiciones de actuar efectivamente en el plano internacional, debe asumir las correspondientes responsabilidades, lo que es tanto como entender que goza de personalidad jurídica¹³. Prueba de la aptitud de la Unión Europea para actuar internacionalmente sería, sin duda, el art. 24 TUE, que prevé la posibilidad de que celebre tratados internacionales con terceros en el contexto del segundo pilar. Ahora bien, tampoco este argumento de signo opuesto resulta definitivo, al menos por dos razones: en primer lugar, porque la Unión Europea, como se dijo más arriba, suele actuar mediante las instituciones comunitarias (art. 3 TUE), por lo que a menudo puede apoyarse instrumentalmente en la personalidad jurídica de la Comunidad; en segundo lugar, porque la inclusión de una atribución expresa de personalidad jurídica a la Unión Europea en el art. I-7 de la fallida Constitución para Europa debió vencer serias reticencias, lo que indica que el silencio de los vigentes Tratados constitutivos no es casual.

Lo que sucede, en el fondo, es que muchos tienen una visión metafísica de la personalidad jurídica: existe la difusa creencia de que afirmar expresamente que la Unión Europea es una persona jurídica supone despejarle el camino hacia la titularidad de derechos y potestades inherentes a la soberanía. Es muy discutible que la soberanía necesite del soporte de la personalidad jurídica; pero lo que desde luego carece de sentido es pensar que allí donde hay una organización pública personificada hay, en acto o simplemente en potencia, vocación soberana¹⁴. Por ello, si se depura la idea de personalidad jurídica de injustificadas connotaciones metafísicas y se concibe simplemente como centro de imputación de responsabilidad, resulta difícil hallar razones para negarle a la Unión Europea su condición de persona jurídica¹⁵.

1.5. El proceso de constitucionalización de los Tratados constitutivos

La principal consecuencia del ya descrito carácter supranacional de la Unión Europea, especialmente por lo que se refiere al primer pilar, ha sido la tendencia cada vez más acentuada a plantear su funcionamiento en clave de derecho constitucional, más que de derecho

¹³ Véase P.M. DUPUY (2000, p. 166 ss.).

¹⁴ Sobre las relaciones entre soberanía y personalidad jurídica, véase E. ZOLLER (2007), *Introduction au droit public*, Dalloz, París, p. 65 ss.

¹⁵ Véase N. FERNÁNDEZ SOLA (2002), "La subjetividad internacional de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 11, p. 85 ss.; J.P. JACQUÉ (2003), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2ª ed., Dalloz, París, p. 163 ss.; y A. TIZZANO (1998), "La personalità internazionale dell'Unione", *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 2-3/98, p. 377 ss.

internacional. En otras palabras, a pesar de su origen internacional, la Unión Europea no opera según pautas típicas del derecho internacional, sino que ha ido haciendo suyas muchas que son propias del derecho constitucional. Ello ha sido básicamente consecuencia de la jurisprudencia pacífica y sostenida del Tribunal de Justicia. Para describir este fenómeno, suele hablarse de un proceso de “constitucionalización” de los Tratados constitutivos¹⁶.

El proceso de constitucionalización arrancó tempranamente, con la bien conocida afirmación jurisprudencial de los principios de eficacia directa y de primacía. Ya se ha visto cómo la sentencia *Van Gend en Loos* caracterizó el derecho comunitario como un ordenamiento jurídico diferenciado, del que surgen directamente derechos y deberes para los particulares. Poco después la sentencia *Costa c. Enel* (6/64) de 15 de julio de 1964, profundizando en la misma idea, dijo que “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales”. Aquí no sólo se afirma la primacía del derecho comunitario, sino también que el Tratado de la Comunidad Europea no puede ser interpretado y aplicado como un simple tratado internacional.

Sobre esta premisa, el Tribunal de Justicia se ha apartado a menudo de los criterios establecidos en el derecho internacional. Valga la cita algunos casos significativos. La sentencia *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica* (90 y 91/63) de 13 de noviembre de 1964 sostiene que, si bien el derecho internacional permite a quien es parte en un tratado internacional justificar su incumplimiento sobre la base de que otra parte también lo ha incumplido (*exceptio inadimpleti contractus*), en el derecho comunitario no hay espacio para el principio de reciprocidad. La sentencia *Comisión c. Francia* (7/71) de 14 de diciembre de 1971 sostiene que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho internacional, la falta de ejercicio de las competencias comunitarias no supone la caducidad de las mismas, ya que la limitación de la soberanía de los Estados miembros es definitiva. La sentencia *Reino Unido c. Consejo* (68/86) de 23 de febrero de 1988 sostiene, apartándose de lo establecido en el derecho internacional, que los Tratados constitutivos no pueden ser tácitamente modificados por vía consuetudinaria, ya que las instituciones comunitarias carecen de un poder de disposición sobre ellos. Aquí no sólo hay una afirmación de la rigidez de los Tratados constitutivos –que únicamente pueden ser modificados por el procedimiento de revisión previsto por ellos mismos, hoy contenido en el art. 48 TUE– sino también, al recordar que las instituciones comunitarias están plenamente sometidas a aquéllos, un eco de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos¹⁷.

¹⁶ Véase G. F. MANCINI (2004), *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia, en especial p. 39 ss.; P. PESCATORE (2004), “Monismo, dualismo y efecto útil en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, p. 5 ss.; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (2003), “La constitucionalización de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, p. 893 ss.; J. H. H. WEILER (1999), *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 10 ss.; y B. DE WITTE (2003), “Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order”, en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 177 ss.

¹⁷ Véase J. P. JACQUÉ (2003, pp. 82-83).

A partir de la segunda mitad de los años ochenta, coincidiendo con el relanzamiento que supuso el Acta Única Europea de 1986 y la vasta operación tendente a completar el mercado interior, el Tribunal de Justicia dio un paso más y comenzó a utilizar expresamente la idea de constitución¹⁸. Esto ocurrió por vez primera en la sentencia *Parti écologiste- Les Verts* (294/83) de 23 de abril de 1986: “la Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que es el Tratado.” Esto implica equiparar la fuerza de los Tratados constitutivos a la más elevada manifestación del *rule of law* a nivel nacional, es decir, no sólo como principio de legalidad sino también como principio de constitucionalidad. De aquí se sigue que no hay actos de los Estados miembros ni de las instituciones comunitarias que puedan escapar al control de conformidad con los Tratados constitutivos.

En parecidos términos se ha vuelto a manifestar el Tribunal de Justicia en otros casos, entre los que vale la pena destacar su dictamen sobre el *Espacio Económico Europeo* (dictamen 1/91) de 10 de diciembre de 1991: tras recordar que los Tratados constitutivos, en cuanto carta constitucional, no pueden ser alterados por otros tratados internacionales celebrados con terceros, llegó a sugerir la existencia de ciertos “fundamentos mismos de la Comunidad” que escaparían incluso al procedimiento de revisión previsto por aquéllos. Late aquí, de manera poco precisa, la conocida idea de los límites materiales a la reforma constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es, en resumen, clara: por los fines que persiguen y por el diseño institucional que establecen, los Tratados constitutivos no pueden ser vistos como simples tratados internacionales ni deben, por consiguiente, ser interpretados y aplicados según los criterios tradicionales del derecho internacional. Ello ha conducido a que muchas cuestiones de derecho comunitario sean abordadas con categorías propias del derecho constitucional, hasta el punto de que el Tribunal de Justicia ha calificado expresamente los Tratados constitutivos como carta constitucional de la Unión Europea.

1.6. El fallido intento de constitucionalización formal

Las vicisitudes del proceso de constitucionalización, a decir verdad, no se agotan en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se acaba de examinar. Es bien sabido que en 2004 fue firmado el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Este texto no ha llegado a entrar en vigor: en Francia y en los Países Bajos, su ratificación fue rechazada en sendos referendos populares y, a partir de entonces, otros Estados miembros se han abstenido de dar su ratificación. Todo indica que actualmente se trata de un texto abandonado. No obstante, la Constitución para Europa es de interés en esta sede en la medida en que ha sido un intento de formalizar el mencionado proceso de constitucionalización, pasando de interpretar y aplicar los

¹⁸ Permítase la remisión a L. M. DÍEZ-PICAZO (1993), “Reflexiones sobre la idea de constitución europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, p. 533 ss. Véase asimismo M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN (1999), *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer, La Haya/Londres/Boston, en especial p. 102 ss.

Tratados constitutivos como si fuesen una constitución a convertirlos formalmente en una constitución¹⁹.

Este intento de constitucionalización formal se ha llevado a cabo como una revisión de los vigentes Tratados constitutivos, ajustándose a lo dispuesto por el art. 48 TUE. Es claro, así, que en ningún momento se ha buscado una ruptura de la continuidad con la actual Unión Europea. De hecho, el Consejo Europeo de Laeken de 12 de diciembre de 2001, que dio vida a la Convención que había de elaborar el texto, no previó que éste debiese calificarse de constitución. Fue la propia Convención quien decidió darle ese nombre, que luego fue aceptado por la Conferencia Intergubernamental que fijó definitivamente el texto y lo aprobó. Esto quiere decir, sin duda, que la utilización expresa de la palabra “constitución” fue fruto de un cúmulo de circunstancias y que el texto habría podido perfectamente recibir una denominación más modesta. Ahora bien, ello no obsta a que ese texto, con una denominación u otra, haya intentado adoptar un buen número de medidas que son de naturaleza innegablemente constitucional: refundir todos los Tratados constitutivos, con excepción del Tratado EURATOM, en un solo documento; atribuir explícitamente personalidad jurídica a la Unión Europea; regular el derecho de retirada unilateral de los Estados miembros; reconocer solemnemente la primacía del derecho comunitario; sistematizar las competencias comunitarias; incluir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dándole plena fuerza vinculante, etc. Dicho de otra manera, incluso si no se hubiese autocalificado de constitución, ese texto habría supuesto una etapa muy relevante en el proceso de constitucionalización, habida cuenta de la envergadura de las medidas adoptadas; y si, además, se tiene presente que ello se canalizó como una revisión de los Tratados constitutivos, resulta evidente que esta vez la constitucionalización provenía de una decisión jurídica y política del más alto nivel, no de una paulatina construcción jurisprudencial.

Precisamente por ello, desde un punto de vista sustantivo, resulta muy difícil negar la naturaleza constitucional de ese texto. Dejando ahora de lado el complejo problema de si un mismo documento puede ser simultáneamente tratado y constitución, lo que resulta claro es que quienes se han empeñado en argüir que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa era un simple tratado internacional incurren en un rígido formalismo. Cuanto menos, es el último eslabón de una larga cadena de Tratados constitutivos que han dado vida a una ambiciosa experiencia de integración supranacional y que dejaron hace tiempo de ser interpretados y aplicados según los cánones del derecho internacional; y ese último eslabón, además, aspiraba a formalizar o, mejor aún, a verbalizar un proceso de alejamiento del puro derecho internacional que se había desarrollado por vía interpretativa y aplicativa, principalmente jurisprudencial²⁰. Es

¹⁹ Véase A. MANGAS MARTÍN (2005), *La Constitución europea*, Iustel, Madrid; J. C. PIRIS (2006), *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid; y J. ZILLER (2003), *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bolonia. Un interesante testimonio de uno de los redactores se halla en I. MÉNDEZ DE VIGO (2005), *El rompecabezas (Así redactamos la Constitución Europea)*, Biblioteca Nueva, Madrid.

²⁰ Véase M. P. MADURO (2005), “The importance of being called a constitution (Constitutional authority and the authority of constitutionalism)”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, p. 332 ss.; y C. PINELLI (2002), *Il momento della scrittura (Contributo al dibattito sulla Costituzione europea)*, Il Mulino, Bolonia.

correcto, así, pensar en la Constitución para Europa como un intento de constitucionalización formal.

Se trata de un intento fallido. Esta no es la sede adecuada para hacer elucubraciones sobre el futuro de la Unión Europea tras el fracaso de la Constitución para Europa. Este fracaso, sin embargo, deja en el aire un interrogante de envergadura: ¿implica el fracaso a la constitucionalización formal un rechazo implícito al ya largo proceso de constitucionalización por vía jurisprudencial, arriba descrito? ¿Supone, en otras palabras, el fracaso de la Constitución para Europa una puesta en cuestión de los criterios establecidos de interpretación y aplicación del derecho comunitario? No se sabe. Lo único que puede decirse es que la irreversibilidad de ese proceso de constitucionalización llevado a cabo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no está garantizada. Es verdad que el art. 2 TUE establece que uno de los fines de la Unión Europea es “mantener íntegramente el acervo comunitario”, que en gran medida es de creación jurisprudencial; pero esta es una afirmación demasiado vaga para constituir una barrera efectiva frente a eventuales giros jurisprudenciales. De la misma manera que ha habido un proceso de constitucionalización sin necesidad de un fundamento textual explícito, nada impediría que un cambio brusco en el clima político desembocara en un proceso inverso de desconstitucionalización.

2. Mito y realidad de la forma de tratado internacional

2.1. Las dificultades conceptuales de un constitucionalismo supranacional

El proceso de constitucionalización de los Tratados constitutivos demuestra que, como se dijo al inicio, la Unión Europea es algo más que una criatura del derecho internacional. Es claro que está a caballo entre el derecho internacional y el derecho constitucional.

Ello no debería plantear especiales dificultades conceptuales desde un punto de vista sustantivo. El poder político ya no reside únicamente en el Estado. La Unión Europea, como estructura supranacional al servicio de la integración entre los Estados miembros, ha asumido buena parte del poder político que antes ejercían éstos. En una perspectiva aún más amplia, la propia globalización ha supuesto una erosión del poder estatal, a favor de centros internacionales de decisión. Estas mutaciones plantean múltiples problemas, entre los cuales la democracia –que, en su versión moderna ha sido diseñada para operar en la esfera estatal- no ocupa el último lugar. Y tampoco es secundario el problema del efectivo control jurídico de ese poder político residenciado en sedes distintas y superiores al Estado. El control jurídico del poder político, junto con la democracia, es el tema central del constitucionalismo; y, en la medida en que gran parte del poder político en Europa es ejercido hoy por una estructura supranacional, tiene pleno sentido propugnar un constitucionalismo supranacional y reflexionar sobre sus características. Dicho de manera sintética, tradicionalmente la idea de constitucionalismo se ha asociado a la idea de Estado porque el poder político residía en el Estado; y, por ello, si el poder político se traslada

a otras sedes, el constitucionalismo habrá de adaptarse a éstas, so riesgo de caer en la inmunidad de los gobernantes²¹.

Que hoy en día los ciudadanos europeos viven encuadrados en una estructura de gobierno “multi-nivel” es algo nadie pone seriamente en duda. Ello implica, entre otras cosas, acostumbrarse a un sistema de derecho público mucho más complejo que el de aquel mundo en que sólo había Estados. Ahora hay un entrecruzamiento de ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y de la Unión Europea, por no mencionar la incidencia sobre todo ello del Convenio Europeo de Derechos Humanos con su propia jurisprudencia o de las complicaciones añadidas en aquellos Estados miembros provistos de una organización territorial compuesta. Esta pluralidad de ordenamientos jurídicos en que están encuadrados los ciudadanos europeos plantea al jurista la necesidad de resolver no pocos problemas de relación entre normas y entre órganos (administrativos y jurisdiccionales) de aplicación de esas normas²². No se trata aquí de analizar esos problemas, sino simplemente de llamar la atención sobre un dato: el mero hecho de que esos problemas sean cruciales en el actual sistema de derecho público muestra que un constitucionalismo supranacional ya existe, al menos *in fieri*.

Ninguna dificultad conceptual seria, en consecuencia, debería surgir por esta parte. Cosa distinta es si del concepto genérico de constitucionalismo se pasa al más preciso de constitución. Ciertamente, cuando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia califica los Tratados constitutivos como “carta constitucional”, siempre cabe observar que se trata de una metáfora. Y ello permite reconducir el debate a la mayor o menor corrección de tal recurso argumentativo. Pero el panorama cambia cuando se está en presencia del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pues parece haber una voluntad de pasar de la metáfora a la realidad. Ya no se trataría de que los Tratados constitutivos de la Unión Europea sean como una constitución, sino de que haya una constitución si bien adoptada mediante un tratado. El hecho de que ese texto no haya sido unánimemente ratificado -y, por tanto, deba considerarse fracasado- no autoriza a eludir la cuestión: es un texto que, en todo caso, fue elaborado de conformidad con lo dispuesto por el art. 48 TUE y luego firmado por todos los Estados miembros. ¿Puede una constitución ser adoptada mediante un tratado internacional? Esta es una cuestión importante porque, incluso haciendo abstracción de la fallida Constitución para Europa, pone sobre el tapete una verdadera dificultad conceptual con que tropieza la construcción de un

²¹ La posibilidad de un constitucionalismo post-estatal ha sido bastante estudiada en los últimos años. Véase, entre otros, G. DELLA CANANEA (2003), *L'Unione Europea: un ordinamento composito*, Laterza, Roma/Bari; S. CASSESE (2003), *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma/Bari; R. DAHL (2001), “Is Post-National Democracy Possible?”, en S. FABBRINI (ed.), *Nation, Federalism and Democracy*, Compositori, Roma, p. 35 ss.; R. DEHOUSSE (2002), “Un nouveau constitutionnalisme?”, en R. DEHOUSSE (ed.), *Une Constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Po, París, p. 19 ss.; Y. MÉNY (2000), *Tra utopia e realtà (Una costituzione per l'Europa)*, Passigli, Florencia; y A. STONE SWEET (1994), “What is a Supranational Constitution?”, *Review of Politics*, núm. 56, p. 441 ss.

²² Como principal sostenedor de esta tesis, véase I. PERNICE (2003), “Derecho constitucional europeo y derecho constitucional de los Estados miembros”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8, p. 616 y, más pormenorizadamente, del mismo autor (2004), *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, París. Véase asimismo P. CARROZZA (2006), “El ‘multilevel constitutionalism’ y el sistema de fuentes del derecho”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 19, p. 341 ss.

constitucionalismo supranacional. A muchos juristas contemporáneos, educados en que tratados y constituciones son cosas distintas, la afirmación de que una constitución puede estar contenida en un tratado les produce extrañeza²³.

La respuesta al interrogante de si una constitución puede ser adoptada mediante un tratado internacional es que depende de la noción de constitución que se mantenga; y ello porque, mientras que la noción de tratado internacional es unívoca, la de constitución no lo es. Los tratados internacionales son un tipo de norma jurídica y, por tanto, se definen únicamente por sus características formales: básicamente, ser un acuerdo voluntario entre dos o más Estados, u otros sujetos de la comunidad internacional. Las constituciones, en cambio, se definen principalmente por un rasgo sustantivo: ser la norma suprema de un cuerpo político. Es verdad que a veces son también un tipo de norma jurídica, como ocurre destacadamente siempre que una constitución está recogida por escrito en un único documento solemne y está dotada de rigidez con respecto a la legislación ordinaria. En este supuesto, la constitución se define también por sus características formales: no poder ser derogada por las leyes, operar como canon de la validez de éstas, etc. Pero ello no debe hacer olvidar la larga serie de constituciones contenidas en otros tipos de normas. Hay constituciones no escritas, como la del Reino Unido, que vienen dadas por un conjunto de costumbres, leyes y doctrinas jurisprudenciales; hay constituciones flexibles, como era frecuente en la Europa del siglo XIX o como ocurre aún hoy en Israel, que tienen el mismo valor que la legislación ordinaria; hay, incluso, constituciones recogidas en leyes de otro país, como sucedía en Canadá hasta que en 1982 el Parlamento de Westminster abolió la *British North America Act* de 1867. ¿Por qué no podría, entonces, una constitución estar recogida en un tratado internacional?

Nada impide, en resumen, pensar en la constitución sólo como una noción sustantiva, sin ninguna característica formal definitoria. No es irrazonable ni extravagante pensar en la constitución sólo como un contenido, no como un continente. Hay, como se acaba de ver, muchos ejemplos históricos de ello. En esta perspectiva, que una norma sea constitucional depende de datos sustantivos y, muy en especial, de que sea efectivamente percibida y aceptada como la norma suprema de un auténtico cuerpo político²⁴. Dado que la Unión Europea ejerce verdadero poder político, todo lo anterior indica que, manteniéndose en una noción sustantiva de constitución, es conceptualmente lícito referirse a la norma suprema de su ordenamiento jurídico como una constitución.

²³ Sumamente ilustrativo de esta extrañeza es el inteligente artículo de una estudiante de doctorado del Instituto Universitario Europeo, aparecido en la revista informativa de dicha institución académica: K. CAUNES (2003), "Constitutionalism in Europe in the Era of the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe", *EUI Review*, invierno, p. 10-11.

²⁴ La literatura sobre el concepto de constitución es vastísima. Baste destacar que sobre el punto que aquí importa –es decir, que la idea de constitución es más un contenido que un continente– existe un acuerdo básico entre normativistas y realistas. Véase, por citar sólo grandes autores, H. Kelsen (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., p. 325 ss.; y C. Schmitt (1982), *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, p. 29 ss.

Hasta aquí, la respuesta a las dificultades conceptuales del constitucionalismo supranacional. Este, sin embargo, puede ser examinado desde un otro punto de vista, que es el de la noción formal de constitución. La pregunta, entonces, es en qué se diferencia una constitución de un tratado a la hora de crear una unión de Estados. ¿Qué diferencia hay, dicho con mayor precisión, entre las constituciones federales y los tratados multilaterales? La respuesta a esta cuestión exige analizar la línea divisoria entre lo convencional y lo constitucional.

2.2. El carácter histórico de la barrera entre lo convencional y lo constitucional

Para la ciencia jurídica del siglo XX, ha sido pacífico que la federación es una forma de Estado que tiene como rasgo definitorio que el vínculo entre sus partes integrantes es de derecho interno: se basa en una constitución federal, no en un tratado multilateral. De aquí que las partes integrantes de una federación, cualquiera que fuera su denominación, no se considerasen Estados en el sentido del derecho internacional ni, por consiguiente, sujetos independientes dentro de la comunidad internacional²⁵. A la federación se contraponían otros tipos de uniones de Estados, entre las que destacaba la confederación, caracterizada por basarse en un vínculo de derecho internacional. La confederación, por lo demás, era una noción con valor meramente histórico, ya que todos los ejemplos que habían existido en el pasado (Países Bajos, Estados Unidos, Suiza, etc.) bien habían desaparecido bien habían ido transformándose en auténticas federaciones. Más allá de éstas últimas sólo quedaría la pura cooperación entre Estados soberanos, en su caso articulada establemente en organizaciones internacionales. Este es, sumariamente expuesta, el estado de la cuestión para la ciencia jurídica del siglo XX.

Ocorre, sin embargo, que la idea de una barrera infranqueable entre lo convencional y lo constitucional –es decir, entre lo internacional y lo interno– es relativamente reciente. Se trata de una construcción teórica de los últimos decenios del siglo XIX. No es casualidad que, entre 1870 y 1914, uno de los temas clásicos entre los constitucionalistas europeos fuera las uniones de Estados, su naturaleza y su clasificación. Sobre todo como consecuencia de la unificación de Alemania, hubo una verdadera avalancha de estudios sobre la materia²⁶. Es cierto que esa preocupación por distinguir detalladamente entre federaciones y confederaciones, por no hablar de las uniones monárquicas (personales o reales), resulta pintoresca a los juristas educados tras la Segunda Guerra Mundial, ya que pertenecía a un mundo fenecido. Pero es indiscutible que, si había habido semejante florecimiento de estudios sobre esa materia, fue porque antes no era nítida la línea de separación entre lo convencional y lo constitucional, ni siquiera que ambos ámbitos hubieran de ser mutuamente excluyentes. La incompatibilidad entre lo convencional y lo

²⁵ Es interesante recordar que, en tiempos de la Unión Soviética, Bielorrusia y Ucrania, que formaban parte de esa federación, fueron admitidas como miembros independientes de las Naciones Unidas. Se trató de una concesión, motivada por consideraciones de equilibrio en el seno de las Naciones Unidas. En todo caso, ello no supuso jamás su reconocimiento a todos los efectos como miembros de la comunidad internacional. Véase M. DÍEZ DE VELASCO (1976), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, p. 181.

²⁶ Véase la completa exposición que de ello hace M. GARCÍA PELAYO (1984), *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Alianza, Madrid, p. 205 ss.

constitucional es una idea elaborada por los juristas que estudiaron e interpretaron las federaciones existentes hacia finales del siglo XIX y, muy en particular, Alemania.

Además, éste no fue un fenómeno peculiarmente europeo. Algo similar había ocurrido en los Estados Unidos. Durante casi ochenta años, la Constitución norteamericana de 1787 fue objeto de dos concepciones radicalmente contrapuestas: mientras que unos la veían como la norma suprema de un nuevo cuerpo político, otros la veían como un simple acuerdo entre Estados soberanos. Esta última concepción hunde sus raíces en el pensamiento de los antifederalistas, que se habían opuesto a la ratificación de la Constitución: la Convención de Filadelfia sólo tenía mandato para revisar los *Articles of Confederation*, por lo que la Constitución no podía tener más fuerza vinculante que la que la diera el hecho de haber sido libremente aceptada por todos y cada uno de los Estados. Este modo de pensar, que llevado a sus últimas consecuencias habría de servir de justificación a la causa secesionista, ha sobrevivido hasta hoy mismo, de manera más mitigada, en la doctrina de los llamados *states' rights* ²⁷.

La concepción de la Constitución como norma suprema de un nuevo cuerpo político, en cambio, ha sido siempre sostenida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos; y ello incluso en aquellos períodos en que los otros poderes no estuvieron dominados por ideales federalistas. El punto de referencia clásico a este respecto es la famosa sentencia *McCulloch v. Maryland* (4 Wheat, 17 U.S. 316, 1919), en que el Tribunal Supremo afirmó la supremacía de la Constitución federal sobre el derecho de los Estados. Esta supremacía se justifica por el hecho de que la Constitución emana del pueblo de los Estados Unidos. Ello significa que no debe ser vista como un acuerdo entre Estados, sino como una norma de derecho interno. No en vano dicha sentencia, redactada por el juez Marshall, comenzó su razonamiento con una advertencia llamada a hacerse célebre: "it is a Constitution we are expounding." En su contexto histórico, esta aserción alcanza pleno sentido como una diatriba frente a la concepción de la Constitución como acuerdo entre Estados soberanos, que entonces, como se ha visto, gozaba de gran predicamento²⁸.

La victoria de esta concepción de la Constitución sólo fue definitiva tras la Guerra Civil, lo que demuestra que, al menos hasta 1865, tampoco en los Estados Unidos había arraigado la idea de que hay una barrera infranqueable entre lo convencional y lo constitucional. Más aún, resulta muy significativo que, cuando el presidente Lincoln hubo de justificar, en su primer discurso inaugural, que la secesión era ilegal y sediciosa, su principal argumento no fue que la Constitución había emanado del pueblo de los Estados Unidos. Este argumento no habría resultado concluyente frente a quienes sostenían que se trataba de un mero acuerdo entre Estados soberanos: la Constitución, más allá de las declaraciones de su Preámbulo, no fue ratificada por un único órgano nacional (asamblea constituyente, referéndum popular, etc.) sino por órganos estatales. Lincoln apuntó más alto y negó la premisa mayor de los secesionistas: la Unión había

²⁷ Véase A.E. KEIR NASH (1992), "State Sovereignty and States' Rights", en K.L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, p. 830 ss.

²⁸ Véase R.G. MCCLOSKEY (1960), *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago/Londres, p. 65 ss.

precedido a los Estados, ya que éstos se constituyeron como tales, tras la Declaración de Independencia de 1776, en virtud de una resolución del Congreso Continental. Habría sido, así, el órgano revolucionario común a las colonias quien decidió la transformación de éstas en Estados²⁹.

Todas estas disputas decimonónicas sobre la línea divisoria entre lo convencional y lo constitucional estaban motivadas, sin duda alguna, por conflictos políticos subyacentes; pero ello no obsta a que, en esa época, hubiera un notable grado de confusión a este respecto. Y esa confusión se debía no sólo a que las constituciones federales en sentido estricto fueran algo novedoso, sino también a que el propio derecho internacional público estaba mucho menos desarrollado que en la actualidad. En la Paz de Westfalia de 1648 se había afirmado el principio de que todos los Estados existentes son soberanos e iguales. De aquí se extraía la consecuencia de que los Estados sólo podían quedar vinculados por su propia voluntad, expresa (tratados internacionales) o tácita (costumbre internacional); voluntad que, además, tendía a configurarse como omnipotente y no susceptible de limitación jurídica. La noción de *ius cogens* aplicada a las relaciones entre Estados se va afirmando sólo a lo largo del siglo XIX. Más aún, parece que el primer ejemplo histórico de tratado multilateral en sentido propio es el Acta Final del Congreso de Viena de 1815 y, por supuesto, las primeras organizaciones internacionales son mucho más tardías³⁰. No es de extrañar, así, que la distinción entre lo convencional y lo constitucional distara de ser nítida, pues sólo quedó establecida a finales del siglo XIX.

2.3. Diferencias y similitudes entre las constituciones federales y los tratados multilaterales

Una vez hecha la anterior aclaración sobre el carácter histórico y, por ende, variable de la barrera entre lo convencional y lo constitucional, se está en mejores condiciones para abordar el interrogante arriba planteado acerca de las diferencias entre las constituciones federales y los tratados multilaterales.

Conviene advertir de inmediato que, tras el notable desarrollo experimentado por el derecho internacional durante los últimos cien años, las diferencias entre las constituciones que crean una federación y los tratados que establecen una organización internacional, como son los actuales Tratados constitutivos de la Unión Europea, no son abismales. Si se examinan los respectivos modos de entrada en vigor y de revisión, que son los datos determinantes a la hora de fijar el rango y la fuerza de una norma jurídica, se comprueba que las apariencias engañan.

Comenzando por la entrada en vigor, es claro que ningún Estado puede quedar vinculado a un tratado internacional al que no haya prestado su consentimiento, por lo que la adhesión a una organización internacional sólo puede ser voluntaria. Pero lo mismo ocurre con las constituciones

²⁹ Véase R. HOFSTADTER (1959), *Great Issues in American History*, vol. 2, Vintage Books, Nueva York, p. 390 ss.

³⁰ Sobre la idea de tratado en perspectiva histórica, véase J.C. CARRILLO SALCEDO (1991), *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, p. 27 ss.; y M. PANEBIANCO (1992), "Trattato (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milán, p. 1364-1366.

que crean una federación mediante la agregación de Estados hasta entonces independientes. Así, el art. 7 de la Constitución norteamericana preveía su entrada en vigor una vez que hubiera sido ratificada por nueve Estados. Ciertamente, no se requería la unanimidad de todos los Estados que habían participado en la Convención de Filadelfia; pero era evidente que, a falta de ratificación unánime, la Constitución habría entrado en vigor sólo para aquellos Estados –al menos nueve– que hubieran dado su consentimiento. Esto, por lo demás, es lo que acabó ocurriendo, ya que Rhode Island se retrasó en el otorgamiento de su ratificación y, por tanto, su ingreso en los Estados Unidos se produjo con la Constitución ya vigente³¹. En los Estados Unidos, además, el principio de la libre adhesión se ha aplicado sistemáticamente a las ulteriores incorporaciones, por más que todas ellas –con la sola excepción de Texas– fueran de territorios que nunca antes habían sido Estados independientes³². Y algo similar ocurrió en Alemania, el otro gran ejemplo de creación de una federación por agregación de Estados previamente independientes, donde la unificación llevada a cabo por la Constitución imperial de 1871 se produjo en virtud de la voluntad de veintidós príncipes soberanos y tres Senados de ciudades libres³³.

Llegados a este punto, conviene hacer una aclaración: es verdad que hay federaciones que no han sido creadas mediante la libre prestación del consentimiento de todos y cada uno de sus integrantes; pero se trata siempre de casos en que no preexistía una pluralidad de Estados independientes, bien porque eran países sometidos a dominación colonial (Canadá, Australia, India) bien porque se desmembraron de una entidad estatal anterior (Austria) bien porque cambiaron su vieja organización unitaria por otra federal (Bélgica). Estos supuestos no se prestan a la comparación con el establecimiento de organizaciones internacionales, sencillamente porque no se afecta a la independencia de Estados ya existentes.

En cuanto a la revisión, ni las constituciones federales ni los tratados multilaterales exigen necesariamente la unanimidad. Las constituciones federales suelen prever su revisión por mayoría cualificada de sus partes integrantes. Así, por ejemplo, el art. 5 de la Constitución norteamericana requiere, en cualquiera de los dos procedimientos de revisión contemplados, la

³¹ Véase G.B. TINDALL y D.E. SHI (1994), *America (A Narrative History)*, 3ª ed., Norton and Co., Nueva York/Londres, pp. 286-288; y, desde un punto de vista eminentemente jurídico, A. LA PÉRGOLA (1994), *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, en especial p. 191 ss.

³² Este principio de libre adhesión procedía de la *Northwest Ordinance* de 1787, adoptada en tiempos de los *Articles of Confederation*, que dejó una profunda huella en la configuración de los Estados Unidos: desde el momento en que todo nuevo territorio debía constituirse en Estado tan pronto como estuviese en condiciones para ello, suponía una renuncia a la posesión de colonias. Véase B. SCHWARTZ (1963), *The Reins of Power (A Constitutional History of the United States)*, Hill and Wang, Nueva York, pp. 28-29, 68 y 132.

³³ Véase H.W. KOCH (1984), *A Constitutional History of Germany*, Longman, Harlow/Nueva York, p. 116 ss. El caso de Suiza, que también es un ejemplo clásico de formación de un Estado federal por agregación, resulta algo más complicado, ya que la transformación de confederación en federación llevada a cabo por la Constitución de 1848 no fue pacífica, sino que siguió a un breve período de guerra civil. Ello no obsta, sin embargo, a que formalmente los cantones preexistentes dieran su consentimiento al nuevo texto constitucional. Véase M. GARCÍA PELAYO (1984, pp. 530-532).

ratificación por tres cuartos de los Estados. Y tampoco para la revisión de tratados multilaterales es siempre necesaria la unanimidad de todas las partes. De hecho, el art. 40 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, que codifica el derecho internacional consuetudinario sobre la materia, sólo prevé la unanimidad como regla supletoria; es decir, sólo si el tratado en cuestión no regula su propia revisión, es necesario el consentimiento de todas las partes³⁴. Numerosas organizaciones internacionales no requieren la unanimidad para la revisión de los tratados que las instituyen. Este punto es de suma importancia, pues pone de manifiesto que, incluso en el mundo de las puras relaciones internacionales, el consentimiento sólo es imprescindible para quedar inicialmente vinculado: si uno ha aceptado voluntariamente formar parte de un club cuyos estatutos prevén su modificación no unánime, no podrá alegar que no está obligado por aquellas reformas estatutarias regularmente aprobadas a las que no haya consentido³⁵.

Es útil añadir que, junto a los modos de entrada en vigor y de revisión, hay otro dato tener presente al comparar las constituciones federales y los tratados multilaterales: se trata de la intensidad del vínculo creado, que se manifiesta en la actitud hacia el problema de la retirada unilateral o secesión. Pues bien, contrariamente a lo que creen quienes conciben la soberanía como una especie de atributo divino, el derecho de retirada unilateral de las organizaciones internacionales no es nunca incondicionado. El art. 56 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados sólo permite la retirada unilateral de un tratado si éste lo prevé –y, por supuesto, cumpliendo las condiciones que imponga–, o si todas las partes así lo acuerdan, o si la posibilidad de retirada unilateral es inherente a la finalidad y naturaleza del tratado. Es siempre necesario, además, un preaviso de doce meses. La soberanía no implica un derecho omnímodo a desvincularse de los compromisos libremente concluidos. Y también hay que desprenderse de visiones sacras de la soberanía al abordar el problema en las constituciones federales, pues la retirada unilateral no es necesariamente incompatible con ellas. Hay algunos ejemplos históricos. Así, el art. 72 de la Constitución de la Unión Soviética de 1977 reconocía un derecho de libre secesión a cada república federada: es cierto que, en el contexto de la dictadura comunista, se trataba de una mera declaración retórica, si no de un puro ejercicio de cinismo; pero no hay que olvidar que, en el momento de descomposición de la Unión Soviética, dicho precepto constitucional fue invocado con éxito por las Repúblicas Bálticas para justificar su secesión³⁶. Más ilustrativo aún, por producirse en un contexto inequívocamente liberal-democrático, es el dictamen del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998, relativo a la admisibilidad de una eventual secesión del Québec. Lejos de considerar que la secesión sea radicalmente incompatible con la Constitución canadiense, se concentró en aclarar las condiciones para que

³⁴ Aunque los Estados Unidos no han ratificado el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, reconocen su carácter declarativo del derecho internacional consuetudinario o general sobre la materia y, por ello, aceptan sus normas sustantivas. Véase T. BUERGENTHAL y H.G. MAIER (1990), *Public International Law*, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, p. 92.

³⁵ Véase R. J. DUPUY (1988), *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, pp. 42-43.

³⁶ Véase M. SUKSI (1992), “Ondate baltiche? L’evoluzione costituzionale di Estonia, Lettonia e Lituania”, *Quaderni costituzionali*, p. 510 ss.

una eventual secesión pueda reputarse legítima según los principios básicos de una moderna democracia constitucional: debería haber una mayoría clara de votantes del Québec -no del conjunto del Canadá- favorable a una pregunta clara³⁷. En resumen, el derecho de retirada unilateral no es necesario e incondicionado en los tratados multilaterales, ni está forzosamente excluido en las constituciones federales, por lo que tampoco la intensidad del vínculo es siempre un criterio neto de diferenciación.

Frente a esto último cabría argüir que las consecuencias de la retirada unilateral o secesión realizada ilegalmente serían distintas: en el caso de un tratado multilateral, habría un acto ilícito -no inválido- y, por consiguiente, lo más que podría ocurrir es que las otras partes impusieran sanciones internacionales al Estado incumplidor; en el caso de una constitución federal, habría un acto ilícito e inválido y, por consiguiente, la federación podría desconocerlo y adoptar las medidas necesarias para restablecer la legalidad. Esto es básicamente cierto. Aquí radica seguramente una de las diferencias aún hoy verdaderamente relevante entre lo internacional y lo interno. Es conveniente, con todo, no perder de vista un matiz: que la federación, en cuanto Estado soberano, pueda adoptar medidas para restablecer la legalidad violada por una de sus partes integrantes no equivale a desvinculación de las normas internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, que limitan el uso de la fuerza, ni tampoco desvinculación de las normas constitucionales que regulen lo que suele llamarse la “coacción federal”³⁸.

2.4. La peculiar rigidez del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos

Cuanto precede ayuda a comprender la marcada peculiaridad del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos en una perspectiva comparada. El procedimiento de revisión ha sido siempre el mismo desde los orígenes de la integración europea en los años cincuenta. Hoy en día, se encuentra recogido en el art. 48 TUE y, por lo que ahora interesa, incluye como trámite final la ratificación unánime en los siguientes términos: “Las enmiendas entrarán en vigor después de haber sido ratificadas por todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.”

Ya se ha visto que no hay nada en el régimen jurídico de los tratados internacionales que imponga que su revisión deba producirse por consentimiento unánime de todas las partes. Un Estado no puede ser obligado sin su consentimiento a entrar en un tratado internacional; pero, una vez incorporado libremente al mismo, queda vinculado por todas sus disposiciones, incluidas en su caso aquéllas que permitan una revisión no unánime. La regla de la revisión por unanimidad de los Tratados constitutivos de la Unión Europea es, así, simplemente una opción sobre la regla de cambio que se estima más oportuna. Y, desde luego, esta regla de cambio es inusual en el panorama de los tratados multilaterales, la inmensa mayoría de los cuales

³⁷ Véase A. RUIZ ROBLEDO y C. CHACÓN PIQUERAS (1999), “Comentario del dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Québec”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, p. 275 ss.

³⁸ Véase B. DE WITTE (1994), “Rules of change in international law: How special is the European Community”, *Netherlands Yearbook of International Law*, núm. 25, p. 299 ss.

responden a una lógica puramente intergubernamental y tienen objetivos mucho menos ambiciosos que los de los Tratados constitutivos de la Unión Europea³⁹.

Es difícil decir cuál es la razón de esta peculiar opción. En el momento fundacional, con sólo seis Estados miembros, la regla de la revisión por unanimidad era comprensible y razonable. Pero se ha ido manteniendo tras las sucesivas ampliaciones; y aunque en una Unión Europea con veintisiete Estados miembros resulta, cuanto menos, disfuncional por razones obvias, la verdad es que nadie parece dispuesto a ponerla en cuestión. La regla de la revisión por unanimidad es una especie de tabú.

La fallida Constitución para Europa es muy ilustrativa a este respecto. Su art. IV-447 disponía en su segundo apartado: “El presente Tratado entrará en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado miembro signatario que cumpla dicha formalidad.” Aunque la Constitución para Europa, haciendo homenaje a su vocación innovadora, recogía un precepto sobre su propia entrada en vigor, dicho precepto respetaba escrupulosamente la regla de la revisión por unanimidad del vigente art. 48 TUE. Obsérvese, por cierto, que en la Parte IV de la Constitución para Europa, sobre disposiciones generales y finales (entrada en vigor, derogación, etc.), ya no se habla de “la presente Constitución” como en el resto del texto, sino que se dice “el presente Tratado”. Parece claro que, más allá de las proclamaciones retóricas, la Constitución para Europa no quiso ser más que una revisión de los Tratados constitutivos. Ciertamente profunda, pero revisión a la postre. La Constitución para Europa no se concibió como un acto fundacional. Dicho esto, junto a la razón política que se acaba de señalar, hubo también una razón técnico-jurídica a favor de que la entrada en vigor de la Constitución para Europa se ajustase a la regla de la ratificación por unanimidad: según el principio de continuidad jurídica, establecido en el art. IV-438 de la Constitución para Europa, su entrada en vigor no habría afectado al derecho derivado vigente, ni a los derechos y obligaciones de la Unión Europea con otras personas tanto en el plano interno como en el internacional. Si se hubiera previsto una entrada en vigor mediante ratificación no unánime, los Estados miembros que en su caso no hubiesen ratificado habrían podido legítimamente oponerse a la plena efectividad del mencionado principio de continuidad. Así, habrían podido sostener que, a todos los efectos, la actual Unión Europea seguiría existiendo porque, desde el punto de vista de los Tratados constitutivos, éstos sólo pueden ser derogados por la vía del art. 48 TUE⁴⁰.

³⁹ Véase B. DE WITTE (1994), “Rules of change in international law: How special is the European Community”, *Netherlands Yearbook of International Law*, núm. 25, p. 299 ss.

⁴⁰ La Declaración aneja al Acta Final de Firma del Tratado por el que se establece la Constitución para Europa decía: “Si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se instituye la Constitución, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo hubieran ratificado y uno o varios Estados miembros hubieran experimentado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo tomará conocimiento de la cuestión”. El alcance de esta previsión, inspirada en otra similar que recogía el Tratado CECA de 1951, dista de ser evidente. De entrada, se trata de una declaración, no de un protocolo; y, por ello, carece de fuerza vinculante en sentido estricto. Además, en cuanto a su contenido, lo único que dejaba claro es que el Consejo Europeo podía

Mucho menos comprensible es que la Constitución para Europa mantuviera también la regla de la ratificación por unanimidad para su propia revisión en el futuro. En este sentido se pronunciaba el art. IV-443, si bien el precepto siguiente relativizaba algo su alcance al prever un procedimiento simplificado de revisión para unas pocas materias. Pero aquí ya no había ninguna razón técnico-jurídica. Era simple inercia. Y esto vale también para el vigente art. 48 TUE en la situación actual: en una Unión Europea con veintisiete Estados miembros y una notable heterogeneidad económica y cultural, la regla de la ratificación por unanimidad puede conducir a la intangibilidad constitucional *de facto*. Más aún, dado que cualquier Estado miembro podría vetar su revisión, se trata de una especie de “pacto perpetuo”.

Vale la pena destacar, en fin, que desde hace algún tiempo circulan informalmente por Europa algunas propuestas destinadas a amortiguar la excesiva rigidez del vigente procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos. Las alternativas son, en sustancia, dos. La primera consistiría en introducir dos procedimientos diferenciados de revisión constitucional: uno, para el que se seguiría reservando la regla de la ratificación por unanimidad, destinado únicamente a aquellas normas verdaderamente fundamentales; otro, para el que bastaría la ratificación de una mayoría cualificada de Estados miembros, destinado al resto de las normas de los Tratados constitutivos. La segunda alternativa sería crear un tipo de normas de derecho derivado intermedio entre los Tratados constitutivos la legislación comunitaria ordinaria. Se seguiría, así, el ejemplo de las leyes orgánicas, existentes en algunos países europeos como Francia o España, cuya aprobación está sometida a mayores solemnidades que la aprobación de la legislación ordinaria. La diferencia práctica de esta última alternativa con respecto a la de una dualidad de procedimientos de revisión constitucional sería que los Tratados constitutivos deberían ser notablemente acortados, a fin de que sólo contuvieran aquello que se considerase de importancia materialmente constitucional. Ciertamente, ambas propuestas plantean dificultades prácticas no desdeñables; pero cualquiera de ellas permitiría conjurar el riesgo de esclerosis inherente a la regla de la ratificación unánime⁴¹.

estudiar vías que, manteniendo la validez de las ratificaciones ya otorgadas, hubieran podido conducir al desbloqueo de la situación; pero no parece que permitiera relajar la regla de la ratificación unánime. Véase J. ZILLER (2003, pp. 171-172).

⁴¹ Véase C. D. EHLERMANN e Y. MÉNY (eds.) (2000), *Reforming the Treaties' Amendment Procedures*, Istituto Universitario Europeo, Florencia, *passim*; y A. TIZZANO (2003), “Prime note sul progetto di Costituzione europea”, *Il diritto dell’Unione Europea*, pp. 265-268. Sobre este tipo de problemas en una perspectiva constitucional más general, es útil consultar P. BISCARETTI DI RUFFIA (1988), *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Giuffrè, Milán, p. 666 ss. y C. KLEIN (1996), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France, París, p. 123 ss.

3. El problema de la autoridad última en la Unión Europea

3.1. ¿Quién tiene la competencia sobre las competencias?

La Unión Europea se rige por el principio de competencia de atribución. Una formulación sintética del mismo se halla en el apartado primero del art. 5 TCE: “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.” Esto mismo, como muestra la ya citada sentencia *Van Gend en Loos*, puede expresarse también diciendo que hay una limitación de la soberanía de los Estados miembros a favor de la Unión Europea “si bien en un ámbito restringido”, es decir, sólo allí donde la actuación de las instituciones comunitarias está prevista por los Tratados constitutivos. La Unión Europea es, así, una entidad con competencias enumeradas o tasadas, en el sentido de que no tiene más competencias o ámbitos posibles de actuación que aquéllos fijados por los Tratados constitutivos. Del principio de competencia de atribución se desprenden dos consecuencias: primera, la competencia residual corresponde a los Estados miembros, que conservan todo aquello que no han transferido a la Unión Europea; segunda, el único modo legítimo de ampliar las competencias de la Unión Europea es, en principio, la revisión de los Tratados constitutivos⁴².

Todo esto no es muy distinto de lo que suele ocurrir en las principales experiencias federales: lo normal es que la federación tenga competencias enumeradas y que todo lo demás continúe correspondiendo a las entidades federadas. Además, la distribución de competencias entre los dos niveles de gobierno suele hacerse por la constitución federal, que vincula a ambos; y, por consiguiente, la ampliación –o, en su caso, la reducción– de las competencias federales sólo puede hacerse mediante una revisión de dicha constitución federal⁴³.

Por lo que se refiere a la distribución de competencias, la única verdadera diferencia de la Unión Europea con respecto a las principales experiencias federales es que la revisión de los Tratados constitutivos exige la ratificación de todos los Estados miembros (art. 48 TUE). Esto no sucede en las constituciones federales, cuya revisión no exige normalmente el consentimiento de todas las entidades federadas; y tampoco ocurre necesariamente en todas las organizaciones internacionales. Ya se ha visto más arriba que la regla de la revisión por unanimidad nada tiene que ver con el origen internacional de la Unión Europea, sino que es una opción deliberada de los redactores de los Tratados constitutivos. No obstante, dado que está vigente por peculiar que sea, implica que cualquier Estado miembro tiene una facultad de veto sobre la revisión de los Tratados constitutivos y, por tanto, sobre la ampliación de las competencias de la Unión Europea. Esto explica que sea habitual decir, utilizando una conocida expresión alemana, que los Estados

⁴² Véase, por todos, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2006), *El sistema europeo de distribución de competencias*, Civitas, Cizur-Menor, en especial p. 62 ss.; y A.G. SOARES (2005), “The Division of Competences in the European Constitution”, *European Public Law*, núm. 11, p. 603 ss.

⁴³ Véase A. LA PÉRGOLA (1994, p. 21 ss.); y V. JACKSON (2004), “Comparative constitutional federalism and transnational judicial discourse”, *International Journal of Constitutional Law* nº 2, p. 91 ss.

miembros tienen la *Kompetenz-Kompetenz*: tienen la competencia sobre las competencias o, todavía mejor, la competencia para fijar las competencias de la Unión Europea⁴⁴. Es conveniente, con todo, encuadrar esta idea en sus justos términos, a fin de no dejarse arrastrar a conclusiones excesivas: si los Estados miembros tienen la competencia sobre las competencias no es en virtud de ningún atributo intrínseco a su condición estatal –de ser así, no se explicaría que los tratados multilaterales puedan prever su revisión no unánime- sino, simplemente, porque los Tratados constitutivos han optado por la regla de la revisión por unanimidad.

Una vez sentado el significado y alcance del principio de competencia de atribución, hay que señalar que muy a menudo el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una interpretación generosa de las competencias de la Unión Europea y, desde luego, rara vez ha realizado una interpretación restrictiva de las mismas⁴⁵. Es importante aclarar que esto no es, en sí mismo, una manifestación de la ya examinada constitucionalización de los Tratados constitutivos. Ciertamente, no es infrecuente que las constituciones federales sean interpretadas en un sentido tendente a hacer plenamente efectivas las competencias atribuidas a la federación; pero el criterio interpretativo establecido en el derecho internacional también recoge este elemento teleológico. Así lo demuestra el art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, al regular la interpretación de los tratados internacionales, sienta como criterios básicos la buena fe y el sentido corriente de las palabras “teniendo en cuenta su objeto y fin.” Esto es lo que suele conocerse como criterio del “efecto útil”, en virtud del cual de todas las interpretaciones posibles de las normas convencionales debe acogerse aquella que mejor permite alcanzar la finalidad del tratado internacional en su conjunto. Y cuando la finalidad es la integración, como ocurre en la Unión Europea, no es extraño que muchas veces lo más correcto sea hacer una interpretación expansiva de los Tratados constitutivos. Tan es así que ello no es nuevo: ya en los años cincuenta, cuando sólo existía el Tratado CEEA y, por tanto, cuando la integración estaba circunscrita aún a un sector importante pero restringido, el Tribunal de Justicia afirmó reiteradamente el criterio del efecto útil en sentencias como *Fédechar* (8/55) de 29 de noviembre de 1956 o *Italia c. Alta Autoridad* (20/59) de 15 de julio de 1960⁴⁶.

Junto a la necesidad de adoptar el criterio del efecto útil, hay otra razón por la que el Tribunal de Justicia ha realizado frecuentemente una interpretación expansiva de las competencias de la Unión Europea: a diferencia de lo que es normal en las constituciones federales, los Tratados constitutivos no hacen una distribución de competencias por materias, sino más bien por objetivos. En otras palabras, más que delimitar en qué materias puede actuar -de manera exclusiva o de manera concurrente- la Unión Europea, fija cuáles son los objetivos que debe perseguir. Esta técnica normativa seguramente es funcional con respecto a la integración, que es lo que en definitiva se trata de alcanzar; pero tiene el inconveniente de que la frontera entre lo comunitario y lo estatal no es siempre nítida ni previsible.

⁴⁴ Véase, por todos, de J. H. H. WEILER (1999, p. 286 ss.).

⁴⁵ Véase el clásico trabajo de J. H. H. WEILER, (1985, p. 117 ss.).

⁴⁶ Véase J.P. JACQUÉ (2003, pp. 120-121).

Existen múltiples ejemplos de esta interpretación expansiva de las competencias de la Unión Europea. Baste recordar algunos: ante el silencio de los Tratados constitutivos sobre el ámbito material en que la Comunidad Europea puede celebrar tratados internacionales con terceros, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido entendiendo desde la sentencia *AETR* (22/70) de 31 de marzo de 1971 que existe competencia en el plano internacional siempre que la hay en el plano intracomunitario; la protección de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario es, en su origen, una pura construcción jurisprudencial con escasísimo apoyo textual en los Tratados constitutivos; más recientemente la sentencia *Comisión c. Consejo* (C-176/03) de 13 de septiembre de 2005 ha entendido que, si bien la cooperación en materia penal pertenece al tercer pilar (art. 31 TUE), una directiva comunitaria puede imponer a los Estados miembros la aprobación y aplicación de normas penales si ello es necesario para la adecuada regulación de una materia del primer pilar⁴⁷. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Conviene destacar, por lo demás, que la tendencia a la ampliación competencial al margen de la revisión de los Tratados constitutivos no proviene sólo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino también de la práctica aplicativa del art. 308 (antiguo 235) TCE, que permite al Consejo por unanimidad adoptar reglamentos o directivas, a falta de una específica base jurídica, “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad”. Esta es una verdadera cláusula de *implied powers*, que se inscribe perfectamente en la tradición del federalismo: basta que el objetivo sea comunitario para que la actuación de las instituciones comunitarias sea jurídicamente posible. Hubo un tiempo en que se recurrió intensamente al ahora art. 308 TCE, hasta el punto que las políticas comunitarias en materias como medio ambiente, protección de los consumidores, investigación científica o turismo, entre otras, se iniciaron por esa vía. Es verdad que ello fue luego corroborado por el Acta Unica Europea de 1986 y el Tratado de Maastricht de 1992, que declararon formalmente la competencia de la Unión Europea sobre esas materias. En todo caso, lo que interesa subrayar aquí es que el Tribunal de Justicia ha mantenido casi siempre una actitud benévola con respecto a la utilización del art. 308 TCE, entre otras razones, porque presupone el acuerdo de todos los Estados miembros. El único límite inequívoco a la utilización del art. 308 TCE, establecido por el Tribunal de Justicia en su dictamen sobre la *Adhesión al CEDH* (25/94) de 28 de marzo de 1996, es que no sirve para “la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo”⁴⁸.

Pues bien, toda esta interpretación expansiva de las competencias de la Unión Europea ha llevado a algunos a afirmar que, si bien teóricamente la competencia sobre las competencias

⁴⁷ Véase M. ACALE SÁNCHEZ (2007), “Sentencia de 13.09.2005, Comisión c. Consejo, C-176-03- Medio ambiente, derecho penal y Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 26, p. 171 ss.; y A. NIETO MARTÍN (2006), “Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal tras Comisión c. Consejo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 17, p. 105 ss.

⁴⁸ Véase S. BARIATTI (2004), “Art. 308 TCE”, en A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell’Unione Europea e della Comunità Europea*, p. 1376 ss.

pertenece a los Estados miembros a través del procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos, en la práctica la tiene el Tribunal de Justicia. Habría, en realidad, una “*Kompetenz-Kompetenz* judicial”⁴⁹. Este fenómeno, además, es percibido por un importante sector de la clase política y de la opinión pública de algunos Estados miembros como una inadmisibles extralimitación de la Unión Europea, que no respetaría las reglas del juego. Ello determina que la cuestión sobre dónde reside la autoridad última en la Unión Europea, de crucial importancia jurídico-política, sea esencialmente controvertida⁵⁰.

3.2. El argumento de los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos

El argumento más refinado de todos los que se han empleado frente a las extralimitaciones –reales o imaginadas– de la Unión Europea es el que se condensa en la fórmula de “los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos”. Su exposición canónica se halla en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, dictada en el recurso de inconstitucionalidad contra la ley que autorizaba la ratificación del Tratado de Maastricht⁵¹.

Esta sentencia, aun salvando la constitucionalidad de la adhesión alemana al Tratado de Maastricht, lo hizo con renuencia y anunció que cualquier futura reforma de los Tratados constitutivos tendente a una mayor integración toparía en Alemania con ciertos límites constitucionales: por un lado, la insuficiente legitimidad democrática de la Unión Europea, que no podría ni siquiera ser remediada mediante un reforzamiento de las atribuciones del Parlamento Europeo, desde el momento en que el funcionamiento de la democracia requiere un pueblo dotado de una mínima homogeneidad cultural; y, por otro lado, la soberanía estatal, que constituye un *prius* con respecto a la Unión Europea. Concentrándose ahora en este segundo límite, el Tribunal Constitucional alemán entendió que los Tratados constitutivos de la Unión Europea no tienen como finalidad crear una especie de “Estado federal europeo”, sino una más tenue estructura asociativa con objetivos limitados que calificó como “unión de Estados”. Ello no sólo significa que Alemania “mantiene su condición de Estado soberano”, sino también que ese vínculo es puramente de derecho internacional. De aquí se seguiría que los Estados miembros son los “señores de los Tratados” –en el sentido de los dueños o amos de los mismos– y están habilitados, en su caso, para revocarlos “adoptando un acto de efecto contrario”. Esta última afirmación, dicho sea incidentalmente, entra en polémica con el Tribunal de Justicia, que en su ya citado dictamen sobre el *Espacio Económico Europeo* había afirmado que el

⁴⁹ Véase J. H. H. WEILER (1999, p. 298 ss.).

⁵⁰ Véanse, entre otros, M. AZIZ (2002), “Sovereignty Lost, Sovereignty regained?”, *The Columbia Journal of European Law*, núm. 9, p. 109 ss.; J. BAQUERO CRUZ (2007), “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, EUI Working Papers RSCAS 2007/13; T.C. HARTLEY (1999), *Constitutional Problems of the European Union*, Hart, Oxford, p. 149 ss.; N. MCCORMICK (1995), “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, núm. 1, p. 258 ss.; y G. VEDEL (1993), “Souveraineté et supraconstitutionnalité”, *Pouvoirs*, núm. 67, p. 79 ss.; B. DE WITTE (1998), “Sovereignty and European Integration (The Weight of Legal Tradition)”, en A. SLAUGHTER, A. STONE SWEET y J. H. H. WEILER (eds.) (1998), *The European Court and National Courts (Doctrine and Jurisprudence)*, Hart, Oxford, p. 277 ss.

⁵¹ Una traducción española de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993 puede encontrarse en la *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20.

respeto a los “fundamentos mismos de la Comunidad” representa un límite al poder de revisión de los Tratados constitutivos.

El argumento de los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos no debe ser menospreciado⁵². Una posible reacción frente al mismo consistiría en sostener que, en la integración europea, se produce una inevitable colisión entre dos puntos de vista diferentes: nacional (constitucional) y europeo (comunitario). Mientras que el primero conduce a la supremacía última de las constituciones nacionales, de las que surgen los poderes para celebrar los Tratados constitutivos de la Unión Europea, el segundo lleva a la constatación de que la vocación supranacional del derecho de la Unión Europea se vería frustrada si éste no prevaleciera frente al derecho de los Estados miembros. Sería normal, así, que quienes están institucionalmente obligados a adoptar uno u otro punto de vista –como ocurre con los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia, respectivamente- lleguen a una u otra conclusión. La creación de una estructura supranacional, en otras palabras, implicaría la aceptación de la necesaria coexistencia de dos lógicas distintas⁵³.

Ahora bien, hay otro modo de ver las cosas. El argumento de los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos se apoya en una idea elemental, que fue examinada más arriba: puesto que la Unión Europea ha sido creada por los Tratados constitutivos, sólo mediante el procedimiento de revisión de éstos es jurídicamente lícito modificar las competencias de aquélla. Si a ello se añade que el art. 48 TUE establece la regla de la revisión por unanimidad, hay que concluir que la modificación de las características fundamentales de la Unión Europea, incluidas sus competencias, sólo puede hacerse mediante acuerdo de todos los Estados miembros. Esto es indiscutible. Pero inmediatamente hay que hacer una precisión: decir que los Estados miembros son los señores de los Tratados constitutivos sólo es correcto si se entiende que los Estados miembros actúan conjuntamente y siguiendo el procedimiento de revisión regulado en el art. 48 TUE, porque sólo así es jurídicamente posible modificar los Tratados constitutivos.

Si lo que se quiere decir, por el contrario, es que cada Estado miembro, actuando por separado, también ostenta señorío sobre los Tratados constitutivos, habrá que buscar otra justificación. Y sólo cabría acudir a la idea de que, por no haber perdido su soberanía al adherirse a la Unión Europea, los Estados miembros conservan un poder último de desligarse de ciertos vínculos derivados de los Tratados constitutivos cuando sus propias exigencias –constitucionales o de otra índole- así lo exijan imperativamente. Esta justificación, como es obvio, ya no sería evidente y pacífica.

La mayor objeción que puede hacerse al argumento de los Estados miembros como señores de los

⁵² Permítase la remisión a L. M. DÍEZ-PICAZO (2002), *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, p. 111 ss.

⁵³ Véase M. KUMM (2005), “The Jurisprudence of Constitutional Conflict”, *European Law Journal*, núm. 11, p. 262 ss.; M. P. MADURO (2003), “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, p. 521 ss.; y G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ (1997), “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 2, p. 329 ss.

Tratados constitutivos es, así, su ambigüedad⁵⁴. No es casualidad que la principal consecuencia práctica que suele extraerse de dicho argumento es que los Estados miembros tienen la facultad, al menos en determinadas circunstancias, de controlar la conformidad con su propia constitución de actos de la Unión Europea que reputen *ultra vires*. Y es, cuanto menos, dudoso que esto pueda justificarse sobre la base de que los Tratados constitutivos sólo pueden modificarse mediante la regla de la revisión unánime.

3.3. La pretensión estatal de controlar las extralimitaciones de la Unión Europea

La pretensión estatal de someter a control las extralimitaciones de la Unión Europea no era nueva en 1992, cuando el Tribunal Constitucional alemán elaboró la fórmula de los Estados miembros como señores de los Tratados constitutivos. Sin entrar en los múltiples episodios de la resistencia de los tribunales nacionales a aceptar el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, que es un tema estrechamente relacionado con el que aquí se examina, hay que recordar la pugna que los Tribunales Constitucionales alemán e italiano mantuvieron durante los años setenta con el Tribunal de Justicia a propósito de la protección de los derechos fundamentales. En el fondo, la idea era la misma: ciertos aspectos esenciales de sus respectivos textos constitucionales y, en especial, la garantía de un nivel satisfactorio de protección de los derechos fundamentales no podían sucumbir ante el principio de primacía del derecho comunitario. Esta historia es bien conocida, por lo que no vale la pena insistir ahora sobre ella⁵⁵. Pero conviene observar que los Tribunales Constitucionales alemán e italiano no afirmaron nunca la superioridad de la propia constitución nacional en bloque, sino únicamente de sus aspectos esenciales, sin los cuales la existencia misma de un régimen liberal-democrático podría peligrar. Ello quiere decir que jamás plantearon el problema en términos formales; es decir, no creían que toda colisión de una norma comunitaria con una norma constitucional hubiera de resolverse a favor de ésta última. Creían, más bien, que el problema era sustantivo o, si se prefiere, de valores en juego. Esta observación es importante porque ayuda a comprender cuán infundada está la opinión según la cual la constitución nacional debe prevalecer en todo caso: la adhesión voluntaria a una estructura supranacional implica aceptar recortes a la aplicabilidad de las propias normas, incluidas las de rango constitucional.

Ahora bien, cuanto se acaba de decir sirve sólo para encuadrar el problema, no para resolverlo. ¿En qué medida es defendible la pretensión de controlar la conformidad con la propia constitución nacional de actos de la Unión Europea?⁵⁶ Desde el punto de vista del derecho de la Unión Europea, la respuesta es clara y exige distinguir entre los Tratados constitutivos y el derecho derivado. Nada

⁵⁴ Ello no es nuevo. Es una manifestación más de las dificultades que surgen al tratar de escapar a la tradicional dicotomía entre confederación (*Staatenbund*) y federación (*Bundesstaat*). Véase a este respecto A. LA PÉRGOLA (1994, pp. 24-27).

⁵⁵ Véase, por todos, N. FERNÁNDEZ SOLA (ed.) (2004), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid; y F. J. MATÍA PORTILLA (2002), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid.

⁵⁶ M. AZPITARTE SÁNCHEZ (2002), *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario*, Civitas, Madrid, en especial p. 147 ss.

se opone, por supuesto, a que los Estados miembros verifiquen la conformidad con su propio texto constitucional de cualquier revisión de los Tratados constitutivos antes de otorgar su ratificación; pero, una vez en vigor, las normas de los Tratados constitutivos han de ser observadas en todo caso. Esto no es una exigencia específica de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, pues rige para todos los tratados internacionales. El art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁵⁷. El incumplimiento de una norma convencional so pretexto de que es inconstitucional, aunque sea posible según el derecho nacional, supone una violación del derecho internacional. Esta conclusión se ve reforzada en el derecho de la Unión Europea por la proclamación solemne del principio de cooperación leal, en el art. 10 TCE:

“Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a ésta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.”

En cuanto a los actos de derecho derivado, únicamente el Tribunal de Justicia está facultado para anularlos. Este monopolio de rechazo no se desprende sólo del principio de cooperación leal que se acaba de mencionar, sino también de una lectura combinada de los arts. 230 y 234 TCE: el primero, al regular el recurso de anulación, encomienda al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias; y el segundo, al regular la cuestión prejudicial, ordena a los órganos jurisdiccionales nacionales remitirles las cuestiones que se susciten acerca de la validez de los actos de las instituciones comunitarias. A todo lo anterior hay que añadir una elemental consideración teleológica: si cada uno de los Estados miembros controlase las posibles extralimitaciones de los actos de derecho derivado, la Unión Europea sería sencillamente inviable⁵⁸. Por todo ello, no es extraño que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sea cristalina a este respecto: los tribunales nacionales no pueden enjuiciar la validez de los actos de derecho derivado. El caso fundamental a este respecto es, sin duda, la sentencia *Foto-Frost* (314/85) de 22 de octubre de 1987.

⁵⁷ Téngase en cuenta también el art. 46 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

“1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

⁵⁸ Véase J.H.H. WEILER (1999, p. 317 ss.).

La reacción de los tribunales nacionales no ha sido uniforme⁵⁹. Baste señalar, por lo que ahora interesa, que los Tribunales Constitucionales alemán e italiano se acabaron dando por satisfechos una vez que el Tribunal de Justicia otorgó protección a los derechos fundamentales como principios generales. Esto es significativo, porque pone de manifiesto que la afirmación de que ciertos aspectos esenciales de sus constituciones nacionales no podían ceder frente a los Tratados constitutivos, aun siendo sincera, había sido hecha como medio de presión sobre el Tribunal de Justicia. A partir de ese momento, las relaciones entre tribunales entraron en un período relativamente pacífico. Es verdad que la ratificación del Tratado de Maastricht de 1992 trajo consigo una nueva oleada de pronunciamientos acerca de la compatibilidad de la integración europea con las constituciones nacionales; pero aquí el problema era otro, ya que se trataba de controles previos a la ratificación y, por consiguiente, legítimos desde cualquier punto de vista⁶⁰.

Sólo en los últimos años se ha vuelto a suscitar el tema de si es correcto someter a control de constitucionalidad actos de derecho derivado plenamente vigentes. Los casos más destacados son la decisión del Consejo Constitucional francés de 10 de junio de 2004 y la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005, precedida ésta última de la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 27 de abril de 2005. En el caso francés, se cuestionaba la constitucionalidad de la ley nacional de transposición de una directiva sobre el comercio electrónico. Dado que el actual art. 88-I de la Constitución francesa da cobertura a la pertenencia del país a la Unión Europea, en cuyo seno los Estados miembros ejercen “en común algunas de sus competencias”, el Consejo Constitucional declinó controlar la validez de la directiva en cuestión. Dicho control, tanto desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales como desde el punto de vista de las competencias, corresponde sólo al Tribunal de Justicia⁶¹. Por el contrario, los Tribunales Constitucionales polaco y alemán declararon la inconstitucionalidad de las respectivas leyes nacionales de transposición de la decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega, por entender vulneradas las garantías constitucionales en materia de extradición⁶². La posición es, como puede verse, diametralmente opuesta a la mantenida poco antes por el Consejo Constitucional

⁵⁹ Véase el claro resumen de J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (2002), *Introduction au droit de l'Union Européenne*, 3ª ed., Hachette, París, p. 126 ss.

⁶⁰ Lo mismo podría decirse de los más recientes pronunciamientos acerca de la compatibilidad del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa con los textos constitucionales nacionales. Véase a este respecto M. CARTABIA (2005), “Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione Europea e le costituzioni nazionali”, *Il diritto dell'Unione Europea*, p. 583 ss.

⁶¹ Véase L. BOURGORGUE LARSEN (2005), “El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ante el Consejo Constitucional francés”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, p. 257 ss.; G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (2004), “El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, p. 393 ss., y O. TAMBOU (2004), “El Consejo Constitucional francés y la relación del derecho comunitario con la Constitución francesa”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, p. 60 ss.

⁶² Véase J. KOMÁREK (2005), “Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, p. 627 ss., y T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2006), “La Orden Europea de Detención y el principio de reciprocidad”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, p. 279 ss.

francés. Las referidas sentencias polaca y alemana son importantes por tratarse de la primera vez en que se lleva hasta sus últimas consecuencias el control de constitucionalidad sobre un acto de derecho derivado. La sentencia alemana, además, es particularmente significativa no sólo por el innegable peso del país de donde proviene, sino también porque Alemania, al igual que Francia, había introducido una nueva norma constitucional –el actual art. 23 de la Ley Fundamental– a fin de dar plena cobertura a la pertenencia a la Unión Europea. Dicho todo esto, hay un dato que no conviene perder de vista: esa declaración de inconstitucionalidad se refería a un acto de derecho derivado del tercer pilar y, por tanto, se produce en un ámbito presidido por la cooperación intergubernamental. Las decisiones marco carecen de eficacia directa (art. 34 TUE) y, por eso mismo, no puede predicarse de ellas, en rigor, el principio de primacía. Esto resta dramatismo a dichas sentencias y permite dudar de su valor como auténtico precedente con respecto a los actos de derecho derivado del primer pilar.

3.4. Referencia a la doctrina de la *interposition* en la historia constitucional norteamericana

La pretensión estatal de controlar las extralimitaciones –reales o imaginadas– de la Unión Europea presenta una sorprendente similitud con la doctrina de la *interposition* o *nullification*, que desempeñó un papel de primer orden en todo el debate sobre la naturaleza de los Estados Unidos desde la aprobación de la Constitución en 1787 hasta el estallido de la Guerra Civil en 1860. Vale la pena, por ello, hacer aquí una referencia a la misma.

Aunque con antecedentes en el pensamiento antifederalista y jeffersoniano, la doctrina de la *interposition* fue elaborada por John C. Calhoun, destacado intelectual y hombre político que llegó a Vicepresidente de los Estados Unidos en 1824 y 1828⁶³. Fue él quien elaboró el más importante argumento político del Sur durante toda la primera mitad del siglo XIX. Una exposición diáfana de esta doctrina se encuentra en el llamado *Fort Hill Address*, un discurso pronunciado el 26 de julio de 1831 contra la nueva política aduanera, que era extremadamente proteccionista y, por ello, perjudicial para los intereses agrarios del Sur ⁶⁴. El punto de partida de Calhoun es que cada uno de los Estados mantiene su “capacidad soberana y separada”. De aquí se sigue “que la Constitución de los Estados Unidos es, de hecho, un pacto, del que cada Estado es parte en la condición arriba mencionada; y que los diferentes Estados, o partes, tienen un derecho a juzgar sus infracciones [...]. Tienen el derecho, en última instancia, por usar el lenguaje de la *Virginia Resolution*, de interponerse para detener el progreso del daño y para mantener, dentro de sus respectivos límites, los poderes, derechos y libertades que les pertenecen”. Por tanto, la *interposition* significa que, en una estructura creada mediante un pacto, cada una de las partes tiene el derecho de interponer su propia autoridad a fin de verificar si las bases de ese pacto son o no respetadas. La *nullification*, por su parte, no sería sino la garantía de este derecho, consistente en “dar a cada co-partícipe el derecho de juzgar sus propios poderes con una negativa o veto sobre los actos de los demás, a fin de proteger los intereses

⁶³ Sobre John C. CALHOUN (1782-1850), véase G. RABASSA (1975), “Calhoun”, *Encyclopedia Americana*, vol. 5, Americana Corporation, Nueva York, pp. 193-195. Además, existe una reciente versión española de su principal obra, J. C. CALHOUN (1996), *Disquisición sobre el gobierno*, Tecnos, Madrid, con estudio preliminar de P. Lucas Verdú.

⁶⁴ Las citas que siguen del *Fort Hill Address* están tomadas de R. HOFSTADTER (1959, p. 278).

que específicamente representa frente a invasiones". Esta garantía operaría también frente a la federación: "Si el gobierno central y un Estado entraran en conflicto, tenemos un remedio más elevado: cabe invocar el poder que creó el gobierno central, que le dio toda su autoridad y que puede ampliar, restringir o abolir a voluntad sus facultades." Sin embargo, dado que una mayoría cualificada de Estados puede revisar la Constitución, esta solución no sería suficiente para salvaguardar la soberanía de cada Estado y sería preciso dar un paso más: "Un Estado, actuando en su condición soberana como una de las partes del pacto constitucional, puede forzar al gobierno, creado por ese pacto, a someter una cuestión relativa a la infracción del mismo a las partes que lo crearon." La solución alternativa sería inaceptable: "El proyecto novedoso, aventurado y -debo añadir- fatal de dar al gobierno central el derecho exclusivo y definitivo de interpretar la Constitución; invirtiendo así el entero sistema, convirtiendo dicho documento en la criatura de su voluntad, en lugar de la regla de acción impuesta sobre él en el momento de su creación, y aniquilando de hecho la autoridad que lo aprobó y de la que el propio gobierno deriva su existencia."

Entre la doctrina de la *interposition* y la pretensión estatal de controlar las extralimitaciones de la Unión Europea existe, pues, una innegable similitud. El hilo argumentativo es muy parecido. La principal diferencia radica en que la doctrina de la *interposition* atribuía el control a los órganos políticos del Estado (poderes legislativo y ejecutivo), mientras que en la Europa actual quienes defienden el control estatal tienden a encomendarlo a órganos jurisdiccionales, como son destacadamente los tribunales constitucionales. Pero ello tiene seguramente mucho que ver con la creciente juridificación del conflicto político, que está en el signo de los tiempos

Resulta históricamente claro que, al menos hasta la crisis final que desembocó en la Guerra Civil, la doctrina de la *interposition* no fue utilizada para justificar pretensiones secesionistas sino, más bien, como un medio de presión para imponer una determinada visión de la Unión y de la posición de los Estados dentro de ella. Sin embargo, cuando se produjo la secesión, el Sur intentó justificarla utilizando, entre otros argumentos, la doctrina de la *interposition*. La *Declaration of the Causes of Secession* aprobada el 24 de diciembre de 1860 por la convención de Carolina del Sur, el primer Estado que se separó de la Unión, es elocuente: "En 1787, fueron nombrados delegados por los Estados para revisar los Artículos de la Confederación; y, el 17 de septiembre de 1787, estos delegados recomendaron para su adopción por los Estados los Artículos de la Unión, conocidos como la Constitución de los Estados Unidos. Se estableció así, mediante un pacto entre los Estados, un gobierno con objetivos y poderes definidos, limitados a las palabras expresas del acto de cesión [...]. Nosotros sostenemos que el Independencia; y sostenemos, además, que el modo de su formación lo sujeta a un tercer principio fundamental, a saber: la ley del pacto. Nosotros mantenemos que, en todo gobierno así establecido está sujeto a los dos grandes principios de la Declaración de pacto entre dos o más partes, la obligación es mutua; que el incumplimiento por una de las partes contratantes de un aspecto sustancial del acuerdo libera enteramente de su obligación a la otra; y que, cuando no se prevé un arbitro, se remite al juicio de cada parte la determinación del acto de incumplimiento, con todas sus consecuencias"⁶⁵. La respuesta de Abraham Lincoln, como se indicó más arriba, fue negar la naturaleza pacticia de la Constitución,

⁶⁵ La cita de la *Declaration of the Causes of Secession* está tomada de R. HOFSTADTER (1959, p. 386 ss.).

dado que la Unión habría precedido a los Estados⁶⁶.

3.5. El concepto de soberanía y los vínculos convencionales

Sólo queda por analizar si un hipotético poder último de los Estados miembros de desligarse de ciertos vínculos derivados de los Tratados constitutivos cuando sus propias exigencias – constitucionales o de otra índole- así lo exijan imperativamente podría justificarse sobre la base de no haber perdido su soberanía al adherirse a la Unión Europea. La respuesta debe ser, sin duda, negativa.

Ciertamente, como se verá en detalle más adelante, los Estados miembros siguen teniendo un carácter plenamente estatal. Esto implica, entre otras cosas, que no sería lícito tratar de forzar su permanencia en la Unión Europea contra su voluntad. Pero esta constatación no ayuda a responder la cuestión planteada: no se trata de saber si en ejercicio de la propia soberanía es posible abandonar la Unión Europea, sino si en ejercicio de la propia soberanía es posible considerarse desvinculado de ciertos actos de la Unión Europea manteniéndose dentro de ella.

Esta sede no es adecuada para revisar el concepto de soberanía, que es una de las claves de todo el pensamiento jurídico-político moderno⁶⁷. A fin de responder la cuestión planteada, basta llamar la atención sobre algunas facetas bien conocidas de dicho concepto. El concepto de soberanía es básico para explicar y justificar el Estado moderno como nueva forma política. El carácter absoluto que se atribuye al poder del Estado va más allá de la idea, existente ya en la Edad Media, de que ciertas autoridades están situadas en la cúspide (*superiorem non recognoscentes*) y, en consecuencia, sus decisiones no pueden ser revisadas por otra autoridad (*privilegia de non appellando et non evocando*). La existencia de una pluralidad de autoridades, incluso jerarquizada, repugna al concepto de soberanía. El Estado debe ser el único centro de poder político y estar, además, desvinculado de cualesquiera normas superiores⁶⁸.

A la vista de lo anterior, no debe sorprender la tradicional afirmación de que la soberanía presenta dos facetas: interna (relaciones del Estado con sus súbditos) y externa (relaciones entre Estados). Lo que interesa destacar aquí es que, en el pensamiento absolutista -así como, globalmente considerada, en la práctica política del absolutismo-, ambas facetas de la soberanía coincidían: poder omnímodo en el interior y defensa efectiva de los propios intereses frente al exterior eran, de hecho, dos aspectos de un mismo fenómeno. Por ello, la soberanía era un concepto realista; es decir, no se limitaba a desempeñar una función de justificación de la forma del poder político, sino también de descripción fidedigna de su efectivo ejercicio. Más aún, en el contexto absolutista, la coherencia y el realismo del concepto de soberanía alcanzaban a hacer coincidir el objeto del que se predica el poder político absoluto con el titular del mismo: el Estado queda personificado en el monarca y, sobre todo,

⁶⁶ Véase nota 29.

⁶⁷ Véase, por todos, L. FERRAJOLI (1995), *La sovranità nel mondo contemporaneo*, Anabasi, Milán; y N. MATTEUCCI (1983), "Sovranità", en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO (eds.), *Dizionario di politica*, 2ª ed., Utet, Turín, p. 1102 ss.

⁶⁸ Véase G. DELLA CANANEA (2003, p. 3 ss.).

la voluntad de éste es la máxima expresión de la potencia de aquél (*quod principi placuit legem habet vigorem*).

A partir del momento en que dejó de ser coherente y realista, el concepto de soberanía comenzó a deslizarse por la pendiente de la idealización e, incluso, de la mitificación. Dicho de otro modo, en la medida en que ha ido perdiendo su capacidad de descripción de la realidad, ha ido progresivamente dejando de ser convincente como justificación de la forma del poder político. El deterioro de la soberanía empezó por su aspecto interno, como consecuencia inevitable del constitucionalismo: resulta difícil sostener al mismo tiempo el carácter absoluto del poder político y su sujeción a normas jurídicas. Aquí interesa el aspecto externo de la soberanía; pero es importante señalar que ya la mera erosión de la soberanía interna comporta graves dificultades, al menos de tipo moral, para la soberanía en su faceta externa: los Estados democráticos siguen adoptando, en sus relaciones exteriores, cánones de valoración y de comportamiento que rara vez osan emplear en sus asuntos internos⁶⁹.

La erosión de la soberanía en su faceta externa es más tardía. Se debe a dos órdenes de factores: por un lado, las mutaciones económicas, tecnológicas, militares y geopolíticas que han reducido, si no eliminado, la capacidad del Estado de controlar su territorio, su población y sus riquezas, acentuando la interdependencia con el exterior; por otro lado, los grandes cataclismos del siglo XX, que han dado lugar a un desarrollo sin precedentes del derecho internacional. Hoy en día, cualquier utilización del concepto de soberanía que, más allá de la retórica, aspire a un mínimo de rigor debe tomar en consideración el derecho internacional, para el cual la soberanía es la cualidad típica de los Estados. Las organizaciones internacionales, aun siendo también sujetos de la comunidad internacional, no son soberanas. La soberanía sirve para proteger la igualdad jurídica de todos los Estados en sus relaciones recíprocas, prohibiendo el uso arbitrario de la fuerza y, en medida siempre menguante, la intervención de terceros en los asuntos meramente internos. Como puede comprobarse, el significado actual de la soberanía externa es, más bien, modesto: en puridad, se limita a definir la condición misma de Estado, es decir, de sujeto primario de las relaciones internacionales. En este sentido, no deja de ser interesante observar cómo la idealización del concepto de soberanía en su faceta externa ha conducido a un resultado paradójico: sirve fundamentalmente para dotar de garantías a los Estados más débiles, aquéllos que tienen más dificultades para ejercer su independencia⁷⁰.

La soberanía constituye, así, un *status* que el derecho internacional otorga a los Estados; y, por ello mismo, despliega sus efectos dentro del derecho internacional, no al margen del mismo. La conclusión sólo puede ser que el concepto de soberanía no sirve para justificar la desvinculación unilateral de obligaciones válidamente asumidas según el derecho internacional. Un importantísimo teórico del derecho lo ha explicado con suma claridad: "Vale la pena observar que el uso no crítico de la idea de soberanía ha diseminado una confusión similar tanto en la teoría del derecho nacional

⁶⁹ Véase N. BOBBIO (1995), *Il futuro della democrazia*, 3ª ed., Einaudi, Turín, p. 195 ss.

⁷⁰ Sobre la idea de soberanía en el derecho internacional, véase H. STEINBERGER (1987), "Sovereignty", en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, North-Holland, Amsterdam, p. 397 ss.

como en la del derecho internacional, y exige en ambos casos un similar correctivo. Bajo su influjo podemos llegar a creer que en todo sistema jurídico nacional tiene que haber un legislador soberano no sometido a limitación jurídica; del mismo modo que podemos llegar a creer que el derecho internacional tiene que poseer cierto carácter porque los Estados son soberanos y no susceptibles de limitación jurídica salvo por acto propio. En ambos casos, la creencia en la existencia necesaria del soberano jurídicamente ilimitado prejuzga una cuestión que sólo podemos contestar cuando examinamos las normas vigentes. La pregunta dentro del derecho nacional es: ¿cuál es la extensión de la suprema autoridad legislativa reconocida en este sistema? Para el derecho internacional es: ¿cuál es el área máxima de autonomía que las normas acuerdan a los Estados?"⁷¹.

4. La condición de Estado Miembro de la Unión Europea

4.1. Requisitos de la pertenencia a la Unión Europea

El interrogante sobre la naturaleza de la Unión Europea puede ser abordado, en principio, desde dos puntos de vista: el de la propia Unión Europea y el de sus Estados miembros. El primero, que ha sido el adoptado hasta este punto, lleva a preguntarse qué les falta a los Tratados constitutivos para tener pleno carácter constitucional o, si se prefiere, qué diferencia hay entre un tratado y una constitución. El segundo lleva a preguntarse qué les falta a los Estados miembros para ser simples componentes de una federación o, si se prefiere, en qué consiste ser Estado dentro de la Unión Europea. Es a esta segunda faceta de la actual estructura de la Unión Europea a la que se dedican las páginas que siguen; y ello con una advertencia preliminar: se dan por supuestas las innegables semejanzas entre la Unión Europea y las principales experiencias federales, especialmente por lo que hace a la distribución de competencias y a la eficacia directa y supremacía del derecho comunitario. En otras palabras, aquí no se examinarán las relaciones internormativas entre la Unión Europea y sus Estados miembros –que son bien conocidas y que, en sus rasgos esenciales, no difieren de lo que es usual en las experiencias federales- sino que se insistirá, más bien, en los atributos clásicos del concepto de Estado, intentando trazar una comparación con la tradición del federalismo.

Las condiciones que un Estado debe reunir para poder adherirse a la Unión Europea están fijadas en el art. 49 TUE, que hace una remisión a los principios enumerados en el apartado primero del art. 6 TUE. Ello significa que la adhesión a la Unión Europea exige que el candidato sea un Estado fundado “en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho”. Además, como es obvio, debe tratarse de un país europeo. Este último requisito es muy borroso, pues no es evidente hasta dónde se extiende Europa, ni si el concepto debe ser tomado en sentido meramente geográfico. El caso de Turquía, por poner sólo el ejemplo más visible, demuestra que no se trata de una cuestión meramente teórica.

⁷¹ Véase H. L. A. HART (1977), *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 275-276.

Pues bien, concentrándose en el apartado primero del art. 6 TUE, es claro que la adhesión a la Unión Europea exige ser una democracia constitucional consolidada. La verificación de este dato no debería ser particularmente ardua, ya que la respetabilidad democrática en Europa ha venido dada, en la práctica, por la admisión al Consejo de Europa. Así era al menos hasta la caída de los regímenes comunistas en 1989, pues algunos piensan que, desde entonces, los criterios de homologación democrática del Consejo de Europa han tendido a relajarse. En todo caso, dos extremos son pacíficos. Por un lado, la adhesión a la Unión Europea requiere tener un régimen democrático en consonancia con lo que se suele entender por tal en Europa y, más en general, en Occidente; es decir, quedan excluidos aquellos países que, aun autocalificándose de democracia, lo hacen mediante adjetivos (popular, orgánica, etc.) que mutan la naturaleza misma del régimen. Por otro lado, debe tratarse de países cuyo funcionamiento efectivo global es respetuoso de los principios de la democracia constitucional. Aquí la clave está no sólo en la efectividad –es preciso que, más allá de las proclamaciones hechas en los textos constitucionales y legales, exista una práctica conforme con los mismos– sino, sobre todo, en una valoración global: lo que cuenta es el modo normal de actuar, no la inevitable existencia de vulneraciones singulares de la legalidad. Este punto es importante porque da respuesta a un equívoco frecuentemente utilizado por los críticos de la moderna democracia constitucional: un país respetuoso de los derechos humanos no es aquél donde no se produce vulneración alguna de los mismos, sino aquél donde no se violan de forma masiva y sistemática. Los derechos humanos, al igual que los demás instrumentos de la democracia constitucional (separación de poderes, principio de legalidad, elecciones libres, etc.), no presuponen un comportamiento inmaculado e irreprochable por parte de gobernantes y funcionarios públicos, sino más bien lo contrario: quien detenta el poder tiende a abusar de él. Así, un país es respetuoso de los derechos humanos cuando dispone de remedios efectivos frente a las inevitables violaciones singulares de aquéllos⁷².

Hasta aquí, las condiciones jurídico-políticas para la adhesión a la Unión Europea. Conviene señalar, asimismo, que el art. 7 TUE y el art. 309 TCE prevén la posibilidad de suspender en sus derechos de pertenencia a la Unión Europea a aquellos Estados miembros en que se produzca una “violación grave y persistente” de los principios proclamados en el referido apartado primero del art. 6 TUE. Determinar cuándo se está en presencia de una situación de esta índole puede no resultar fácil, como lo demostró el informe que, con vistas a eventual aplicación de los preceptos arriba mencionados, fue elaborado a raíz del acceso de la extrema derecha al Gobierno de Austria⁷³. Lo que interesa subrayar aquí, en todo caso, es que la observancia de los principios del apartado primero del art. 6 TUE no es exigible tan sólo en el momento inicial de adhesión a la Unión Europea, sino que constituye también una obligación de tracto sucesivo y permanente. Ser una genuina democracia constitucional, en otras palabras, es condición jurídico-política para la continuada pertenencia a la Unión Europea.

⁷² Sobre las condiciones de pertenencia a la Unión Europea, véase K. LENAERTS y P. VAN NUFFEL (1999), *Constitutional Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, Londres, p. 274 ss.

⁷³ El Informe de 8 de septiembre de 2000, elaborado por Martti ATHISAARI, Jochen FROWEIN y Marcelino OREJA, sobre la observancia por parte de Austria de las condiciones de pertenencia a la Unión Europea, tras la llegada de la extrema derecha al Gobierno de dicho país, puede consultarse en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 8, 2000.

4.2. El principio de autonomía institucional de los Estados miembros

Una vez examinados los requisitos para la pertenencia a la Unión Europea, es importante reparar en todo aquello que dicha pertenencia no prejuzga. El apartado primero del art. 6 TUE deja un amplio margen de libertad a los Estados miembros para autoconfigurarse como estimen más conveniente. Por expresarlo de manera gráfica, la pertenencia a la Unión Europea nada tiene que decir con respecto a dilemas cruciales como monarquía o república, parlamentarismo o presidencialismo, centralización o descentralización, judicatura funcional o judicatura profesional, etc. Todas ellas son opciones que caben dentro de la idea de democracia constitucional, de manera que en la Unión Europea puede haber, como de hecho ocurre, notables diferencias en la organización jurídico-política de los distintos Estados miembros. Más aún, no sería absurdo preguntarse si también caben diferencias entre sus sistemas económicos, visto que el art. 295 TCE dispone que “el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”. Tal vez ésta fuera la intención original de los redactores del Tratado de Roma en 1957, ya que los fundamentos del mercado común (libre circulación de trabajadores, mercancías, servicios y capitales, así como arancel y política comercial comunes) no habrían sido conceptualmente incompatibles con una hipotética experiencia de socialismo democrático. No obstante, hoy en día la respuesta debe ser, en principio, negativa: los Estados miembros no pueden tener sistemas económicos sensiblemente diferentes, pues ello sería incompatible con el elevadísimo grado de integración económica alcanzado y, por ende, con la propia idea de mantenimiento íntegro del acervo comunitario recogida en el art. 2 TUE. Debe entenderse, así, que el art. 295 TCE se limita a permitir que haya ciertas diferencias en las legislaciones nacionales relativas a la propiedad, tanto privada como pública; y, aún así, siempre dentro de ciertos límites, ya que la propiedad privada ha sido reconocida como derecho fundamental del ordenamiento comunitario por el Tribunal de Justicia, desde su conocida sentencia *Nold c. Comisión* (4/73) de 14 de mayo de 1974. Véase en este mismo sentido, aunque hoy por hoy sin valor jurídico vinculante, el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷⁴.

Que quepan notables diferencias en la organización jurídico-política de los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de la democracia constitucional, es llamativo en una perspectiva comparada. Es verdad que algunas estructuras compuestas del pasado, de índole confederal o federal, permitieron alguna heterogeneidad en su interior. Piénsese, por ejemplo, en la Alemania imperial bajo la Constitución de 1871. Sin embargo, en las experiencias federales contemporáneas lo normal es que la pertenencia a la federación condicione notablemente el sistema político de las partes integrantes. Así, el apartado cuarto del art. 4 de la Constitución norteamericana dispone que “los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una forma republicana de gobierno”; y resulta relativamente pacífico que aquí no hay sólo un rechazo de ciertas opciones políticas -la jefatura del Estado no debe ser hereditaria- sino también una adhesión positiva a determinados principios que, en el lenguaje del siglo XVIII, se

⁷⁴ Véase A. GARDELLA (2004), “Art. 295 TCE”, en A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell’Unione Europea e della Comunità Europea*, cit., p. 1312 ss.

identificaban con la idea de república (separación de poderes, carácter electivo de los gobernantes, etc.)⁷⁵. Mucho más preciso y detallado, como era de esperar, es el caso alemán. El art. 28 de la Ley Fundamental comienza estableciendo que “el orden constitucional de los *Länder* deberá responder a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental. En los *Länder*, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida del sufragio universal, directo, libre, igual y secreto” y luego, tras imponer una garantía institucional de la autonomía local, encarga a la Federación que asegure la conformidad del orden constitucional de los *Länder* con los mencionados principios y con los derechos fundamentales⁷⁶.

Los Estados miembros conservan, por tanto, una amplia potestad de autoorganización, que en el lenguaje comunitario suele conocerse como “principio de autonomía institucional”⁷⁷. Hay que destacar que el principio de autonomía institucional no es una mera construcción doctrinal, ni tampoco una simple exigencia de los Estados miembros, en el sentido de que para éstos es indiscutible que todo aquello que no han transferido a la Unión Europea permanece en su esfera de competencias. El principio de autonomía institucional es, además, un principio general del derecho comunitario, expresamente reconocido por el Tribunal de Justicia al menos desde la sentencia *International Fruit Company* (41 a 44/70) de 13 de mayo de 1971. En ésta puede leerse: “cuando las disposiciones del Tratado o de reglamentos reconocen poderes o imponen obligaciones a los Estados miembros a efectos de la aplicación del derecho comunitario, la cuestión de saber de qué manera el ejercicio de esos poderes y la ejecución de esas obligaciones pueden ser encomendados por los Estados a determinados órganos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado”. El hecho de que el principio de autonomía institucional sea un principio general del derecho comunitario tiene una importante consecuencia práctica: no se limita a ser una mera cláusula de libertad residual de los Estados miembros –éstos podrían autoorganizarse en la medida en que no hubiera norma comunitaria al respecto– sino que vincula a las instituciones comunitarias y, por consiguiente, limita y condiciona la validez de sus actos. En otras palabras, el derecho comunitario derivado (reglamentos, directivas, etc.) no puede restringir la potestad de autoorganización de los Estados miembros más allá de lo ya previsto por los Tratados constitutivos.

El principio de autonomía institucional sólo opera, en rigor, en la llamada fase descendente o de aplicación del derecho comunitario, no en su fase ascendente o de elaboración del mismo. En la fase ascendente, no hay potestad de autoorganización de los Estados miembros porque se trata

⁷⁵ Véase L.H. TRIBE (1988), *American Constitutional Law*, 2ª ed., Foundation Press, Mineola, p. 397 ss.

⁷⁶ Sobre el art. 28 de la Ley Fundamental, que recoge el llamado “principio de homogeneidad”, véase J. J. VOGEL (1996), “El régimen federal en la Ley Fundamental”, en E. BENDA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, pp. 627-628.

⁷⁷ Sobre el principio de autonomía institucional, véase J. RIDEAU (1996), *Droit institutionnel des Communautés européennes*, 2ª ed., LGDJ, París, p. 727 ss., y P. PÉREZ TREMPES (2000), “Las fuentes internacionales y supranacionales”, en L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, vol. 1, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 125 ss.

siempre, de manera directa o indirecta, de actuaciones de la propia Unión Europea. Ello explica, por ejemplo, que se imponga a los Estados miembros un determinado modelo de bancos centrales provistos de autonomía respecto de los poderes legislativo y ejecutivo (art. 108 TCE), ya que la política monetaria es de competencia comunitaria. Es verdad que los Tratados constitutivos dejan a veces cierto espacio a los Estados miembros en cuestiones que afectan a la fase ascendente. Así, por ejemplo, corresponde provisionalmente a los Estados miembros fijar el sistema electoral para el Parlamento Europeo, según el art. 190 TCE y el Acta de 20 de septiembre de 1976. Pero, en rigor, esto tiene poco que ver con el principio de autonomía institucional, porque las instituciones comunitarias podrían introducir un sistema electoral uniforme para el Parlamento Europeo. Vale la pena observar, incidentalmente, que la competencia de la Unión Europea para fijar el sistema electoral para el Parlamento Europeo la aproxima a la pauta habitual en las principales experiencias federales.

Es en la fase descendente, por tanto, donde el principio de autonomía institucional despliega todo su potencial. Ello se comprenderá mejor si se tiene presente que la ausencia de previsiones en los Tratados constitutivos acerca de la organización jurídico-política de los Estados miembros está íntimamente relacionada con la opción por la inexistencia de órganos comunitarios (administrativos o judiciales) de aplicación del derecho comunitario. Los redactores de los Tratados constitutivos optaron deliberadamente por diseñar una entidad predominantemente de regulación, no de ejecución. De aquí que nunca haya habido, por así decirlo, “órganos comunitarios periféricos”. La opción de la Unión Europea ha sido, más bien, encomendar la aplicación del derecho comunitario a los Estados miembros, según el siguiente esquema:

1. Las instituciones comunitarias legislan, pero no aplican sus propias normas. Las excepciones a esta regla general vienen dadas en materia de libre competencia, energía atómica y fondos, donde corresponde a la Comisión la aplicación administrativa del derecho comunitario. Además, a partir del Tratado de Maastricht de 1992, se han creado varias agencias europeas especializadas (medicamentos, marcas y patentes, etc.) que, si bien no siempre poseen plenas atribuciones ejecutivas, pueden ser vistas como una excepción a la mencionada regla general de que la Unión Europea no aplica sus propias normas.
2. La aplicación del derecho comunitario corresponde normalmente a los Estados miembros, a través de sus órganos administrativos y judiciales. Esta aplicación del derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales comprende, llegado el caso, el deber de ejecución forzosa de todo tipo de actos comunitarios (arts. 244 y 256 TCE).
3. En la aplicación del derecho comunitario, los órganos administrativos y judiciales nacionales están sometidos a los principios de eficacia directa y supremacía, lo que significa que existe una vinculación más fuerte a la norma comunitaria que a cualquier norma nacional. En caso de colisión, ésta última debe ser inaplicable.

4. Dentro de este esquema, a la Comisión corresponde primordialmente una función de inspección y vigilancia de que el derecho comunitario es aplicado de manera plena, correcta y puntual por los Estados miembros (art. 211 TCE), quedando éstos últimos expuestos a un posible recurso por incumplimiento (arts. 226 a 228 TCE). Asimismo, es posible que los particulares lesionados por el incumplimiento del derecho comunitario por parte de los Estados miembros ejerzan contra éstos una acción de indemnización de daños y perjuicios, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia iniciada con las sentencias *Francovich* (C-6 y 9/90) de 19 de noviembre de 1991 y *Brasserie du Pêcheur* (C-46 y 48/93) de 5 de marzo de 1996.

Todo lo anterior difiere de lo que suele ocurrir en las experiencias federales. Está claramente distante de los Estados Unidos, donde existen dos niveles completos de poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial): uno estatal y otro federal. De aquí que sea cada nivel de gobierno el que, en principio, aplica sus propias normas, de manera que el derecho federal es aplicado por los órganos administrativos y judiciales federales. En cuanto a Alemania, hay que recordar que la aplicación del derecho federal corresponde normalmente a los *Länder* (art. 83 de la Ley Fundamental), por lo que la federación carece de una organización administrativa completa. Es más: la fuente de inspiración de los redactores de los Tratados constitutivos en este punto fue probablemente la tradición del federalismo alemán, apegado a la idea de ejecución de la legislación federal por los *Länder*; y ello de la misma manera que, en la fase ascendente, el papel del Consejo guarda cierta semejanza con el del *Bundesrat*, en que están representados los Gobiernos de los *Länder*. No conviene, con todo, exagerar las similitudes entre la Unión Europea y el federalismo alemán, al menos por dos motivos: primero, porque la semejanza se produce en el ámbito administrativo, no en el judicial, donde existen notables diferencias; segundo, porque, incluso sin salir del ámbito administrativo, las autoridades federales alemanas disponen de importantes facultades de intervención sobre la ejecución de la legislación federal, que pueden llegar hasta a poner la Administración de los *Länder* bajo dirección de la Federación (arts. 84 y siguientes de la Ley Fundamental). Sin entrar en detalles, lo que interesa resaltar es que, mientras en la Unión Europea el mecanismo último de control es la eventual responsabilidad de los Estados miembros, en Alemania es la eventual sumisión de los *Länder* a facultades de tipo jerárquico⁷⁸.

Por lo que se refiere específicamente a la organización judicial, la diferencia también es clara: en los Estados Unidos, porque hay dos poderes judiciales completos (federal y estatal) y cada uno de ellos se encarga básicamente de aplicar su propio derecho; y en Alemania, porque, si bien existe una única organización judicial, los tribunales tienen carácter federal o regional dependiendo de su nivel en la escala jurisdiccional⁷⁹.

⁷⁸ J.J. VOGEL (1996, p. 647 ss.).

⁷⁹ Véase C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI (2002), *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma/Bari, p. 66 ss. y 82 ss.

Es claro, así, que el principio de autonomía institucional tiene una dimensión procesal: al aplicar el derecho comunitario, los Estados miembros son básicamente libres de hacerlo según las modalidades procedimentales que consideren oportunas. No obstante, desde la sentencia *San Giorgio* (199/82) de 9 de noviembre de 1983, el Tribunal de Justicia ha venido imponiendo un límite a dicha autonomía procesal: los procedimientos administrativos y judiciales mediante los cuales se aplica el derecho comunitario deben ser efectivos y, además, no pueden ser más gravosos que aquéllos que se aplican a asuntos similares de derecho puramente interno⁸⁰.

El principio de autonomía institucional, en fin, resulta problemático cuando entra en contacto con dos institutos constitucionales: la descentralización y la independencia judicial. La cuestión de fondo es similar en ambos supuestos, ya que se trata de asegurar la aplicación efectiva del derecho comunitario por parte de autoridades nacionales que, por imperativos constitucionales, actúan con independencia de su respectivo Gobierno y Parlamento; es decir, son autoridades que escapan al poder de dirección de los órganos nacionales que tienen encomendadas las relaciones con la Unión Europea. En ambos supuestos, la respuesta del Tribunal de Justicia ha sido parecida: la pertenencia a la Unión Europea no condiciona ni altera las opciones de los Estados miembros en materia de organización jurídico-política; pero, como contrapeso, éstos no pueden invocar sus propias vinculaciones constitucionales para intentar justificar la inobservancia de sus deberes hacia la Unión Europea, ni para eludir la responsabilidad por daños y perjuicios que del incumplimiento pueda derivarse. Con respecto a la descentralización, la jurisprudencia es clara al menos desde la sentencia *Fratelli Costanzo* (103/88) de 22 de junio de 1989. Más tardía ha sido su ampliación a la independencia judicial: con la sentencia *Köbler* (C-224-01) de 30 de septiembre de 2003 se reconoció que la responsabilidad por daños y perjuicios cabe también cuando el incumplimiento del derecho comunitario es de origen judicial, y poco después la sentencia *Comisión c. Italia* (C-129/00) de 9 de diciembre de 2003 admitió que el recurso por incumplimiento es posible por acciones u omisiones de órganos judiciales⁸¹.

4.3. La delimitación del territorio y de la ciudadanía de la Unión Europea por remisión a los Estados miembros

A fin de establecer cómo la pertenencia a la Unión Europea afecta a los Estados miembros, no basta tener en cuenta el principio de autonomía institucional. Como se acaba de ver, éste hace referencia a la potestad de autoorganización de los Estados miembros y, en particular, a su organización jurídico-política. Pero el concepto de Estado implica, como es bien conocido, otros dos elementos –a saber: un territorio y un pueblo– a los que también hay que hacer referencia.

Comenzando por el territorio, el art. 299 TCE regula su propio ámbito espacial de aplicación. Es éste un precepto prolijo: tras afirmar que el Tratado se aplicará a todos y cada uno de los Estados

⁸⁰ Véase R. CRAUFORD SMITH (2003), “Remedies for Breaches of EC Law in National Courts: Legal Variation and Selection”, en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 287 ss.

⁸¹ Véase A. BIONDI y C. BALOCCHINI (2004), “Corti nazionali sotto processo: ingiusto arricchimento e principio di effettività del diritto comunitario”, *Il diritto dell’Unione Europea*, p. 619 ss., y E. COBREROS MENDAZONA (2004), “La responsabilidad por actuaciones judiciales”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 10, p. 289 ss.

miembros, que son enumerados, va estableciendo toda una serie de aclaraciones, matizaciones y excepciones con respecto a territorios concretos. Esto último es necesario por dos motivos: primero, porque, por razones históricas evidentes, algunos Estados miembros tienen posesiones situadas geográficamente fuera de Europa; segundo, porque, incluso dentro del ámbito geográfico europeo, algunos Estados miembros tienen partes de su territorio sometidas a regímenes constitucionales especiales. Así, el art. 299 TCE va determinando en qué medida el derecho comunitario se aplica a cada uno de esos territorios. Dicho esto, lo que verdaderamente interesa subrayar aquí es que la delimitación del ámbito de aplicación que hace el art. 299 TCE depende de la delimitación del territorio de todos y cada uno de los Estados miembros como sujetos de la comunidad internacional. El art. 299 TCE hace las aclaraciones, matizaciones y excepciones pertinentes, pero siempre sobre el presupuesto explícito de que el derecho comunitario se aplica en los Estados miembros; y la extensión territorial de éstos escapa a la capacidad normativa de la Unión Europea. Ello significa, en última instancia, que el territorio de la Unión Europea se define por remisión: será la suma de lo que, en cada momento, sean los territorios de los Estados miembros; y éstos, en cuanto sujetos de la comunidad internacional, podrán experimentar adquisiciones o pérdidas territoriales de conformidad con el derecho internacional⁸².

De aquí se desprende una importante consecuencia para la estructura de la Unión Europea, a saber: las adquisiciones y pérdidas territoriales de cada Estado miembro repercuten automáticamente sobre la Unión Europea, que jurídicamente carece de voz al respecto. El ámbito espacial de la Unión Europea se ensanchará o restringirá sin necesidad de proceder a una revisión de los Tratados constitutivos. El ejemplo más elocuente de ello es la reunificación alemana, acaecida el 3 de octubre de 1990: la incorporación de la antigua Alemania Oriental, en forma de nuevos *Länder*, a la República Federal de Alemania determinó su inmediata inclusión dentro de la Unión Europea⁸³.

El otro gran ejemplo de alteración territorial es la retirada de Groenlandia. Esta se llevó a cabo mediante el Tratado de 13 de marzo de 1984, que fue adoptado siguiendo el procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos. Algunos ven en este episodio el más significativo precedente no sólo en materia de alteraciones territoriales de la Unión Europea, sino también con respecto al debate sobre si es posible la secesión, que no está prevista expresamente por los Tratados constitutivos⁸⁴. Pero no se trata, en puridad, de una excepción a la arriba referida regla general de la automática repercusión sobre la Unión Europea de las adquisiciones y pérdidas

⁸² El territorio ha sido más estudiado una perspectiva internacional que constitucional. Sobre el ámbito territorial de la Unión Europea, véase K. LENAERTS y P. VAN NUFFEL (1999, p. 269 ss.). Sobre el territorio en un plano general, véase el clásico estudio de S. ROMANO (1990), "Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato", recogido en su volumen *Scritti minori*, vol. 1, Giuffrè, Milán, p. 203 ss.

⁸³ Véase, por todos, R. ARNOLD (1993), *La unificación alemana (Estudios sobre derecho alemán y europeo)*, Civitas, Madrid.

⁸⁴ Sobre la retirada de Groenlandia, vista como un supuesto que confirma la posibilidad de secesión de la Unión Europea, véase T.C. HARTLEY (1999, p. 163 ss.).

territoriales del Estados miembros. La retirada de Groenlandia respondió sólo a la voluntad de sus habitantes, sin que mediara cambio alguno en su estatuto político-administrativo interno: era antes y ha seguido siendo después un territorio bajo soberanía danesa, dotado de autonomía interna. Este extremo es jurídicamente crucial, pues no se trata de un territorio que se independiza de la metrópoli, como Argelia en 1961, ni un territorio cuyo estatuto político-administrativo es modificado, como St. Pierre et Miquelon en 1985. Aquí hay simplemente una parte de un Estado miembro que aspira a dejar de estar dentro de la Unión Europea; y ello, como es obvio, afecta al mismo art. 299 TCE, según el cual el ámbito espacial de la Unión Europea se define por remisión a los territorios de todos y cada uno de sus Estados miembros. En otras palabras, los Estados miembros pueden ampliar o reducir su territorio sin intervención de la Unión Europea; pero no pueden excluir unilateralmente una parte de su territorio del ámbito espacial de ésta.

Desde el punto de vista territorial, la Unión Europea se diferencia claramente de las principales experiencias federales. En los Estados Unidos, el apartado tercero del art. 4 de la Constitución atribuye la admisión de nuevos Estados al poder legislativo federal; regla que, por razones obvias, se ha aplicado a todos salvo a los trece originarios. Dicho precepto constitucional sólo da a los Estados ya pertenecientes a la federación un poder de veto sobre eventuales modificaciones territoriales que les afecten: la formación de un nuevo Estado “dentro de los límites de otro” o “mediante la fusión de dos o más Estados o partes de Estados” requerirá el consentimiento de los Estados afectados. Pero aquí se está hablando de modificaciones puramente internas, dentro de un territorio federal que permanece inalterado y, por tanto, la regla general de que la definición del territorio de la federación es de competencia federal no se ve cuestionada. Que la delimitación del territorio de la federación es competencia federal resulta claro, asimismo, en el caso de Alemania, donde el antiguo art. 23 de la Ley Fundamental enumeraba los *Länder* de que está compuesto el país y en los que, por consiguiente, rige la propia Ley Fundamental. Es más: no deja de ser significativo que fuera precisamente este precepto el que se utilizó para dar cobertura constitucional a la reunificación alemana.

Pasando al ámbito personal, el discurso no es muy distinto del que acaba de hacerse con respecto al territorio. El tema fue intensamente estudiado a raíz de la introducción de la ciudadanía de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht de 1992. Por lo que aquí específicamente interesa, el dato clave es que, según el art. 17 TCE, “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”; es decir, la ciudadanía de la Unión Europea es delimitada por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros⁸⁵.

⁸⁵ Sobre la ciudadanía europea existen muchos estudios, entre los que cabe destacar M. CARTABIA (1995), “Cittadinanza europea”, en *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma; C. CLOSA (1995), “Citizenship of the Union and Nationality of the Member States”, en *Common Market Law Review*, núm. 32; M. FRAILE ORTIZ (2003), *El significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; M.J. GAROT (1999), *La citoyenneté de l’Union Européenne*, L’Harmattan, París/Montreal; V. LIPPOLIS (1994), *La cittadinanza europea*, Il Mulino, Bolonia; S. O’LEARY (1996), *The Evolving Concept of European Citizenship*, Kluwer, la Haya/Londres/Boston; C. WITHOL DE WENDEN (1997), *La citoyenneté européenne*, Presses de Sciences Po, París.

Es indispensable, sin embargo, hacer una precisión: es verdad que la Unión Europea no limita en absoluto a los Estados miembros a la hora de regular su nacionalidad respectiva y, por tanto, deja enteramente en manos de aquéllos la delimitación de la ciudadanía de la Unión Europea; pero sí les impone un deber de reconocer incondicionalmente la nacionalidad otorgada por cualquier otro Estado miembro. Como señala la Declaración nº 2 aneja al Tratado de Maastricht, “la cuestión de saber si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al derecho nacional del Estado miembro de que se trate”. Y en idéntico sentido se pronunció, por esas mismas fechas, el Tribunal de Justicia en su sentencia *Micheletti* (C-369/90) de 7 de julio de 1992. Ello implica que ni las instituciones comunitarias ni los demás Estados miembros pueden oponer objeción alguna a la nacionalidad otorgada por un Estado miembro.

Para comprender adecuadamente el significado de este deber mutuo de reconocimiento incondicional de la nacionalidad, es útil hacer una comparación no sólo con las principales experiencias federales, sino también con el derecho internacional general en la materia. Tanto en los Estados Unidos como en Alemania la determinación de la ciudadanía, al igual que ocurre con el territorio, es competencia de la federación. Así, en el apartado octavo del art. 1 de la Constitución norteamericana se califica como competencia federal la regulación de la naturalización; y más clara aún es la famosa enmienda 14ª, adoptada en 1868 para hacer frente a las consecuencias de la abolición de la esclavitud y de la Guerra Civil, que comienza afirmando que “todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en que residan”. Se trata, como salta a la vista, de una regla diametralmente opuesta a la recogida en el art. 17 TCE. También en Alemania la determinación de la ciudadanía es competencia de la federación, de acuerdo con los arts. 16, 73 y 116 de la Ley Fundamental.

Dicho esto, el deber mutuo de reconocimiento incondicional de la nacionalidad se separa también del derecho internacional: según estableció el Tribunal Internacional de Justicia en el llamado asunto *Nottebohm* (sentencia *Liechtenstein c. Guatemala* de 6 de abril de 1955), corresponde a cada Estado regular su propia nacionalidad, por lo que sobre el resto de la comunidad internacional pesa un deber de reconocimiento de ésta; pero este deber no es absoluto, ya que cualquier Estado puede legítimamente desconocer la nacionalidad otorgada por otro cuando sea ficticia. Cabe rechazar, en otros términos, la nacionalidad que no se base en un vínculo serio y efectivo entre la persona y el Estado correspondiente. Se trata de un arma para defenderse frente a posibles decisiones caprichosas o arbitrarias de ciertos Estados en materia de nacionalidad. Por ello, el deber de reconocimiento incondicional de la nacionalidad en el contexto de la Unión Europea puede ser visto como una manifestación de plena confianza entre los Estados miembros, que están inmersos en un proceso de integración. Sería, así, una solución intermedia entre el puro derecho internacional y la solución típicamente federal: si bien no se ha llegado aún a atribuir a la Unión Europea la competencia sobre la determinación de la ciudadanía, los Estados miembros se han despojado en esta materia de los derechos recíprocos que tendrían si sus relaciones fueran meramente internacionales.

4.4. Referencia al régimen de la coacción en el derecho de la Unión Europea

Un análisis de la Unión Europea desde el punto de vista de sus Estados miembros debe hacer referencia a un atributo inherente a la noción misma de Estado: la facultad de coacción. Es bien sabido que existe una importante corriente de pensamiento según la cual el rasgo definitorio último del Estado moderno –por contraposición a otras formas políticas precedentes, que van desde los antiguos imperios hasta el feudalismo– vendría dado por su monopolio del uso legítimo de la violencia⁸⁶.

Pues bien, este rasgo definitorio de lo estatal está presente en las principales experiencias federales: el Estado federal es un verdadero Estado y, por tanto, dispone de medios para ejercer la coacción. A diferencia de lo que ocurriría en una confederación, el Estado federal se caracteriza por ejercer directamente su poder sobre los particulares. Así, en el art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos se habla, al enumerar las principales competencias federales, de la posibilidad de convocar “a la milicia nacional con el fin de hacer cumplir las leyes de la Unión, sofocar las insurrecciones y rechazar las invasiones”. En cuanto a Alemania, los arts. 87 A y 87 B de la Ley Fundamental regulan detalladamente las fuerzas armadas, que son de inequívoca competencia federal. Es verdad que la policía es básicamente de competencia de los *Länder*, correspondiendo a la federación tan sólo la policía de fronteras; pero, en caso de pasividad de un *Land* ante “un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia”, el Gobierno federal puede tomar bajo su mando a la policía de dicho *Land* (art. 91 de la Ley Fundamental).

Sobre la coacción en los Estados federales es conveniente hacer dos aclaraciones. Por una parte, la titularidad federal de medios de coacción no excluye una paralela titularidad de medios de coacción en manos de las entidades federadas. Estas últimas, cualquiera que sea su denominación (Estados, *Länder*, cantones, provincias, etc.) no pierden su carácter estatal y, por tanto, dentro de su esfera competencial disponen de la posibilidad de ejercer la coacción. Ello no supone quiebra alguna de la doctrina del monopolio sobre el uso legítimo de la violencia, porque el federalismo presupone precisamente el reparto de las actividades estatales entre dos niveles de gobierno. Ambos niveles de gobierno tienen naturaleza estatal. Así, el monopolio sobre el uso legítimo de la violencia no se rompe, porque, a pesar de la división vertical del poder, los particulares siguen quedando excluidos del mismo. Por otra parte, es preciso destacar que cuestión distinta al monopolio sobre el uso legítimo de la violencia es la relativa a la posibilidad de que la federación reprima por la fuerza aquellos comportamientos de las entidades federadas que atenten gravemente contra la unidad o contra los fundamentos del orden federal. La respuesta prevista para este supuesto en la Unión Europea es la suspensión del Estado miembro, en los términos establecidos por el art. 7 TUE y el art. 309 TCE.

⁸⁶ La referencia clásica es M. WEBER (1992), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., p. 1047 ss., y entre los juristas H. KELSEN (1979, p. 17 ss.).

Volviendo al hilo principal, que es el monopolio del uso legítimo de la violencia como rasgo definitorio de lo estatal, hay que destacar que la Unión Europea carece de la facultad de coacción. Los arts. 244 y 256 TCE se limitan a disponer que tanto las sentencias Tribunal de Justicia como las decisiones del Consejo o la Comisión serán títulos ejecutivos y que, cuando sea necesaria la ejecución forzosa, ésta “se regirá por las normas de procedimiento civil vigentes en el Estado miembro en cuyo territorio de lleve a cabo”. Como observó el Tribunal de Justicia en su sentencia *Hoechst* (227/88 y 46/89) de 21 de septiembre de 1989, las instituciones comunitarias carecen de medios propios de coacción, de manera que la observancia del derecho comunitario por los particulares reposa, en definitiva, sobre el brazo armado de los Estados miembros. Este dato es de extraordinaria importancia al examinar la naturaleza de la Unión Europea: es verdad que ésta ostenta un verdadero poder político, pues los Estados miembros han limitado su soberanía en muchas materias a favor de las instituciones comunitarias; pero al final, cuando la observancia del derecho comunitario requiere de medidas coercitivas sobre los particulares, la Unión Europea ha de apoyarse en sus Estados miembros. Así, si se adopta la opinión mayoritaria según la cual la facultad de coacción forma parte del concepto mismo de Estado, hay que concluir que la Unión Europea no tiene naturaleza estatal⁸⁷.

4.5. ¿Existe un derecho de retirada unilateral de la Unión Europea?

Un último aspecto que conviene tomar en consideración, al examinar cómo la pertenencia a la Unión Europea afecta a los Estados miembros, es si existe un derecho de secesión o retirada unilateral. Los Tratados constitutivos guardan silencio a este respecto. Tampoco existe precedente alguno, ya que el arriba mencionado caso de la retirada de Groenlandia no involucró a todo un Estado miembro, sino sólo a una parte del mismo provista de un estatuto político-administrativo propio; y, además, no fue unilateral, porque se reguló mediante una revisión de los Tratados constitutivos. El problema, por tanto, sólo puede abordarse hoy por hoy en un plano teórico y, desde luego, dista de existir un consenso a este respecto.

Puede ser útil comenzar observando que el hecho de que el art. I-60 de la fallida Constitución para Europa contemplase la posibilidad de retirada unilateral es de poca utilidad para aclarar cuál es el derecho actualmente vigente. Esa previsión expresa puede, en efecto, ser interpretada en dos sentidos opuestos: bien como una mera declaración de un derecho ya existente, bien como la creación de un nuevo derecho que no existía. Además, dicho precepto sometía la retirada unilateral a una negociación con la propia Unión Europea, así como a ciertas limitaciones temporales, por lo que no era concebido como un derecho incondicionado.

Dicho esto, hay que aclarar que, contrariamente a una opinión bastante difusa, la idea de soberanía estatal no trae consigo un derecho de extinción unilateral de los tratados internacionales. Lord McNair, un autorizadísimo internacionalista, afirmaba ya en 1958: “La doctrina de la soberanía del Estado es un vino tan cabezón que una y otra vez se encuentra a los Estados sosteniendo que cualquier compromiso internacional que restringe su subsiguiente esfera de actividad es inválido,

⁸⁷ Permítase la remisión a L. M. DÍEZ-PICAZO (2005), “Hacia una teoría de la coacción en el derecho de la Unión Europea”, en L. ORTEGA ÁLVAREZ (ed.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, p. 119 ss.

sobre la base de que es incompatible con su soberanía. La fundamental falacia subyacente a esta aseveración es dura de morir.” Y citaba en su apoyo lo dicho por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el llamado caso *Wimbledon* (sentencia *Alemania c. Francia* de 17 de agosto de 1923): “El Tribunal se niega a ver en la celebración de cualquier tratado por el que un Estado se compromete a realizar o a abstenerse de realizar un acto concreto un abandono de su soberanía. Sin duda, cualquier convenio que crea una obligación de este tipo impone una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que exige que sean ejercidos de un modo determinado. Pero el derecho de aceptar compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”⁸⁸.

Actualmente la respuesta ha de buscarse en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Su art. 54 declara posible la retirada de un Estado siempre que así lo prevea el propio tratado o que medie el consentimiento de todas las partes. Aplicado a la Unión Europea, y dado el silencio de los Tratados constitutivos, ello significa que la retirada unilateral requeriría el consentimiento de todos los demás Estados miembros. Desde el punto de vista del derecho internacional, sería seguramente indiferente que dicho consentimiento se prestase por el procedimiento de revisión de los Tratados constitutivos –que, en todo caso, implica unanimidad– o por vías ajenas al derecho de la Unión Europea. A falta del consentimiento de todas las partes, habría que acudir al art. 56 del Convenio de Viena, sobre “denuncia o retiro en el caso de que el tratado que no contenga disposiciones sobre la extinción, la denuncia o el retiro”, que dispone lo siguiente:

“1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su extinción ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) que no se establezca que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o
- b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.”

Es cuanto menos dudoso que, al celebrar los diferentes Tratados constitutivos, los Estados miembros hayan tenido la intención de admitir un derecho de retirada unilateral o que éste pueda inferirse de la naturaleza de aquéllos. Baste pensar que el art. 1 TUE habla de “una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”, por no mencionar los estrechos vínculos supranacionales creados entre los Estados miembros.

El art. 60 del Convenio de Viena, por lo demás, prevé la posibilidad de extinción unilateral de los tratados internacionales por su “violación sustancial”, que permite a la parte agraviada retirarse unilateralmente. Esta norma se basa en el principio de reciprocidad, según el cual quien no cumple un pacto no puede exigir su cumplimiento a los demás. Pero hay que recordar que el principio de

⁸⁸ Véase Lord MCNAIR (1961), “Treaties and Sovereignty”, en *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, pp. 758-759.

reciprocidad ha sido inequívocamente excluido de la Unión Europea, en cuanto incompatible con sus objetivos, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la arriba citada sentencia *Comisión c. Luxemburgo y Bélgica*.

En conclusión, de acuerdo con el derecho internacional, parece que la única forma lícita de retirada unilateral de un Estado miembro de la Unión Europea sería aquella que se produjera con el consentimiento de todas las partes. Ciertamente, cualquier Estado miembro podría abandonar la Unión Europea al margen de esta exigencia, sin que cupiera forzar su permanencia; pero ello constituiría, a todos los efectos, una violación del derecho internacional.

4.6. El mantenimiento del carácter plenamente estatal de los Estados miembros

A modo de conclusión, cabe afirmar que es cierto que la Unión Europea presenta no pocos rasgos típicos de las experiencias federales: las instituciones comunitarias ejercen potestades normativas y jurisdiccionales que inciden directamente sobre los particulares; existe un orden de distribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros de factura clásicamente federal; los mecanismos de resolución de conflictos pueden encajar también en la tradición del federalismo, etc. Ahora bien, estos innegables rasgos federales de la Unión Europea no deberían conducir a pasar por alto que, en aspectos de crucial importancia, los Estados miembros siguen teniendo ciertas características de las que suelen carecer las entidades federadas: siempre que respeten los postulados básicos de la democracia constitucional, gozan de la potestad de autoorganización; delimitan su propio territorio y su propia nacionalidad, determinando por esta vía el territorio y la ciudadanía de la Unión Europea; y, sobre todo, sólo ellos están provistos de la facultad de coacción sobre los particulares. A ello hay que añadir que la Unión Europea nunca podría forzar la permanencia de un Estado miembro que, aun no respetando lo preceptuado por el derecho internacional, decidiera abandonarla.

Todo ello pone de relieve que los Estados miembros de la Unión Europea no se limitan a conservar ciertos rasgos estatales, como ocurre con las entidades federadas en un genuino Estado federal. En el seno de la Unión Europea, los Estados miembros mantienen su carácter plenamente estatal, incluida su condición de sujetos de la comunidad internacional. El mantenimiento de este carácter plenamente estatal por los Estados miembros era expresamente reconocido por el apartado primero del art I-5 de la fallida Constitución para Europa: “La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo que respecta a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, en particular las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad interior.” Este precepto, a diferencia de lo que sucedía con el relativo al derecho de retirada unilateral, tenía una finalidad claramente declarativa, pues resume bien lo que es derecho vigente.

La Unión Europea, por el contrario, no puede ser calificada de estatal, pues carece de algunos atributos generalmente considerados inherentes al concepto de Estado. La carencia de una facultad de coacción, en particular, es concluyente en este orden de consideraciones. De aquí que la Unión Europea, aun ejerciendo poder político, deba ser vista como una realidad post-estatal.

No aspira a suceder a los Estados miembros, ni menos aún a eliminarlos. Aspira a superponerse a ellos, para servir de molde a una integración económica y política con vocación continental⁸⁹.

5. *Demos y democracia en la Unión Europea*

5.1. La cuestión de la democracia en la Unión Europea

Desde el momento en que la Unión Europea, aun no teniendo naturaleza estatal, ejerce auténtico poder político, resulta ineludible plantearse cómo se compaginan la integración –económica y, en parte, política- con la democracia. Conviene comenzar recordando que la democracia se halla solemnemente proclamada como uno de los fundamentos de la Unión Europea, tal como se desprende del apartado primero del art. 6 TUE: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.” Estos son precisamente los postulados básicos de cualquier moderna democracia constitucional, que la Unión Europea hace suyos. Pero hay más: como se vio más arriba al examinar los requisitos de pertenencia a la Unión Europea, el art. 49 TUE exige que sus Estados miembros sean respetuosos de los mencionados principios. Esta exigencia no es meramente formal, como lo demuestra la posibilidad de suspender en sus derechos a todo Estado miembro que viole de manera grave y persistente esos principios (art. 7 TUE y art. 309 TCE).

El problema surge porque el diseño institucional de la Unión Europea no es, en rigor, plenamente democrático. Se trata de lo que suele conocerse como el “déficit democrático” de la Unión Europea⁹⁰. Entiéndase bien: el problema no es que la Unión Europea sea antidemocrática sino que, según bastantes observadores, es insuficientemente democrática. Esta matización es importante para no desenfocar el análisis. Es cierto que el Parlamento Europeo, desde la aprobación del Acta de 20 de septiembre de 1976, es elegido por sufragio universal y directo. Pero la existencia de un Parlamento elegido por los ciudadanos no es condición suficiente para la democracia. Es necesario, además, que ese Parlamento esté provisto de un efectivo poder de decisión, al menos sobre los asuntos más relevantes; y es necesario, asimismo, que la dirección política esté en función con los resultados electorales. Esto no ocurre actualmente en la Unión Europea: aunque el peso del Parlamento Europeo en los distintos procedimientos de toma de decisiones ha ido constantemente aumentando, sigue siendo menor que el del Consejo, por lo que la Unión Europea funciona más como un foro de conciliación de intereses (nacionales y sectoriales) contrapuestos que como expresión del juego de la mayoría y la minoría. A ello hay que añadir, en especial por lo que se refiere a la iniciativa (art. 250 TCE), el papel crucial de la Comisión, que es una institución presidida por una lógica específicamente supranacional y, por

⁸⁹ Véase F. RUBIO LLORENTE (1996), “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48.

⁹⁰ Véase J. L. QUERMONNE (2005), *Le système politique de l'Union Européenne*, 6^a ed., ontchrestien, París, en especial p. 131 ss., y L. SIEDENTOP (2001), *La democracia en Europa*, Siglo XXI, Madrid, *passim*.

consiguiente, no mayoritaria. Puede decirse, así, que el diseño institucional de la Unión Europea no está inspirado únicamente por consideraciones democráticas, pues responde también a las exigencias de la integración⁹¹.

Constatar que la Unión Europea es insuficientemente democrática no implica, por sí mismo, hacer una valoración negativa de su diseño institucional. No hay que olvidar que los Tratados constitutivos son una especie de “constitución económica”⁹². Y esto significa sustraer deliberadamente una buena parte de las reglas del sistema económico del circuito de la decisión por mayoría. ¿Es ello bueno o malo? La valoración depende esencialmente de la opinión que cada uno mantenga acerca de la relación que debe existir entre el mercado y el Estado. Pero es claro que el diseño institucional de la Unión Europea está concebido al servicio de una cierta neutralización política del sistema económico, lo que explica la fuerte presencia de elementos consensuales y tecnocráticos.

Así las cosas, ocurre que, incluso manteniendo una valoración positiva del diseño institucional de la Unión Europea, no es posible ignorar que a veces surgen serias dificultades desde el punto de vista de esos postulados básicos de la democracia constitucional proclamados por el art. 6 TUE. Piénsese, por poner sólo un ejemplo obvio, en directivas comunitarias que obligan a los Estados miembros a adoptar normas en materias tradicionalmente sometidas a reserva de ley, tales como delitos y penas, tributos, etc. ¿Dónde está aquí la decisión mayoritaria de los representantes del pueblo que subyace a la reserva de ley? La verdad es que no está, porque el procedimiento en el seno de la Unión Europea, por las razones arriba indicadas, no puede calificarse de plenamente democrático. La integración tiene, así, un coste en términos de democracia constitucional.

Frente a ello no sería correcto argüir que la reserva de ley y, por tanto, la decisión democrática quedan satisfechas por los procedimientos parlamentarios nacionales de transposición. Esto no es verdad por dos razones: la primera es que a veces no hay necesidad alguna de transposición, como sucede siempre que la legislación comunitaria adopta la forma de reglamento; y la segunda es que, incluso cuando debe haber transposición, los Parlamentos nacionales no son libres de legislar o no, ni tampoco de fijar los rasgos básicos de las normas que han de ser aprobadas. No puede decirse, en rigor, que los Parlamentos nacionales suplan el déficit democrático de la Unión Europea. Y siempre en este orden de consideraciones, hay que tener en cuenta, además, que la legislación comunitaria ha servido a menudo para adoptar normas cuya aprobación a nivel nacional habría sido mucho más difícil. Ello no es necesariamente malo, a la vista de los objetivos a alcanzar; pero conduce a la irresponsabilización de los ejecutivos nacionales, que pueden siempre imputar las medidas impopulares a Bruselas. De aquí se sigue que la Unión Europea es

⁹¹ Véase J. L. QUERMONNE (2005, p. 28 ss.).

⁹² Véase J. BAQUERO CRUZ (2002), *Entre competencia y libre circulación (El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea)*, Civitas, Madrid, en especial p. 117 ss.

insuficientemente democrática no sólo por el modo de tomar las decisiones, sino también por la falta de un nivel satisfactorio de responsabilidad política⁹³.

5.2. ¿Es relevante la inexistencia de un *demos* europeo?

Se acaba de ver que el obstáculo para una democracia a escala continental no es la falta de un Parlamento Europeo elegido por sufragio universal y directo. El obstáculo es, más bien, que a éste –o, en su caso, directamente a los ciudadanos– no es atribuida la última palabra en la gestión de la cosa pública⁹⁴. Se podría pensar, entonces, que la solución consistiría en “parlamentarizar” plenamente el funcionamiento de la Unión Europea. Pero a ello suele objetarse que la democracia exige la previa existencia de un *demos*, que no se encuentra en una Unión Europea formada, como está, por una pluralidad de pueblos (art. 1 TUE). Esta objeción merece ser analizada con cierta atención.

Se trata de una idea de origen alemán. Fue una de las grandes líneas argumentativas del Tribunal Constitucional alemán en su sentencia de 12 de octubre de 1993, relativa a la ratificación del Tratado de Maastricht; y luego ha tenido un amplio desarrollo doctrinal⁹⁵. En esencia, se viene a decir que, incluso si la Unión Europea se parlamentarizase, seguiría faltando un presupuesto indispensable para que la democracia: un pueblo. El argumento sería, así, que no existe –ni puede llegar a existir– un pueblo europeo. A primera vista, se trata de un argumento con sólido apoyo en la realidad y claramente formulado; pero, en cuanto se examina con cierta detención, comienzan a aparecer fisuras y, sobre todo, no pocas ambigüedades.

La idea de que la democracia no puede funcionar sin suficiente base popular puede ser entendida, ante todo, en el sentido de que requiere la existencia de una opinión pública, informada y libre. Los ciudadanos, de quienes emana el poder político, deben estar al corriente de los asuntos públicos, para orientar y controlar la actuación de los gobernantes. Es sabido que la opinión pública no surge de manera espontánea, sino que, además de depender en gran medida de la fortaleza de la sociedad civil, es articulada por una pluralidad de instituciones

⁹³ Véase C. HARLOW (2002), *Accountability in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, en especial p. 168 ss.

⁹⁴ Así, por ejemplo, en la Alemania bismarckiana regía el sufragio universal (masculino), mientras que en otros países europeos, entre los que destaca el Reino Unido, ello no se logró plenamente hasta después de la Primera Guerra Mundial; pero sería difícil sostener que Alemania era más democrática que el Reino Unido. Véase B. POLONI (2000), *Histoire constitutionnelle de l'Allemagne*, Ellipses, París, pp. 78-79. Más en general, cabe decir que la democracia no exige sólo el sufragio universal, sino también que las decisiones políticas importantes dependan directa o indirectamente de la voluntad de la mayoría.

⁹⁵ Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, relativa al Tratado de Maastricht, véase nota 51. Sobre el problema de la inexistencia de un *demos* europeo, véase D. GRIMM (1995), “Does Europe Need a Constitution?”, J. HABERMAS (1995), “Remarks on Dieter Grimm’s ‘Does Europe Need a Constitution?’”, y J. H. H. WEILER (1995), “Does Europe Need a Constitution? (Demos, Telos and the German Maastricht Decision)”, todos en *European Law Journal*, núm. 1. Véase asimismo P. HÄBERLE (1998), “¿Existe un espacio público europeo?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, p. 113 ss.

sociales que van desde los partidos y sindicatos hasta los medios de comunicación, pasando por todo género de asociaciones y “cuerpos intermedios”. Pues bien, si esto es lo que se quiere decir al afirmar que no hay suficiente base popular, la respuesta es que una opinión pública europea existe ya, al menos *in fieri*: hay una creciente circulación de noticias y opiniones a escala continental. No hay motivo alguno para pensar que esta tendencia no haya de acentuarse.

Existe otro posible modo de entender la afirmación de que no hay suficiente base popular en la Unión Europea, consistente en sostener que la democracia presupone un mínimo de cohesión previa entre los ciudadanos. La idea subyacente es que la democracia sólo puede llegar a funcionar allí donde existe una previa realidad nacional: sólo quienes comparten un núcleo de tradiciones, creencias y valores estarían en condiciones de organizar su vida colectiva democráticamente. A falta de ese acuerdo básico, de naturaleza eminentemente “prepolítica”, no cabría la democracia.

La principal consecuencia que extraen quienes sostienen que la Unión Europea no tiene suficiente base popular es que existen límites insuperables a la integración: la única sede de la democracia son los Estados miembros, porque sólo éstos están contruidos sobre naciones; y, por ello, so pena de destruir la democracia misma, existe un núcleo de funciones esencialmente estatales que no podrían nunca ser transferidas a la Unión Europea.

Pues bien, todo ello no es, en el fondo, sino una transposición al proceso de integración europea de los postulados del nacionalismo⁹⁶. La experiencia histórica enseña que sólo hay dos posibles criterios de definición de un cuerpo político: o se define como una totalidad orgánica e invisible, o se define como un grupo humano que se gobierna en virtud de un acuerdo previo o “contrato social”⁹⁷. El nacionalismo es una versión contemporánea del primero de los criterios mencionados. Sin duda, su influencia es muy profunda, sobre todo en Europa. Pero la propia historia europea del siglo XIX, que es la época del nacionalismo por excelencia, muestra cómo los elementos de identidad nacional fueron en gran medida contruidos mediante políticas deliberadas (lingüísticas, educativas, religiosas, militares, etc.). Es demasiado simplista pensar que las naciones europeas son realidades naturales, de las que surgieron los Estados como complemento político necesario. Sin negar las diferencias socio-culturales existentes, hay que señalar que las naciones, tal como se conocen hoy, fueron en gran medida creadas por los Estados⁹⁸.

Más aún, la idea de que la democracia presupone un núcleo común de tradiciones, creencias y valores es desmentida por los orígenes de la democracia misma. La palabra griega *demos* designó originariamente una nueva circunscripción electoral y administrativa de base puramente geométrica, que fue implantada en Atenas por la reforma política de Clístenes (508 a.C.), con la

⁹⁶ Permítase la remisión a L. M. Díez-Picazo (2002, p. 69 ss.).

⁹⁷ Véase, por todos, G. Sartori (1993), *Democrazia*, Rizzoli, Milán, p. 20 ss.

⁹⁸ Véase E. Gellner (1997), *Nationalism*, Weidenfeld and Nicholson, Londres, p. 50 ss.

muy significativa finalidad de neutralizar la influencia de la tradicional división de la *polis* en tribus. La democracia ateniense tuvo como presupuesto la neutralización de los vínculos sociales preexistentes, por lo que su nacimiento fue cualquier cosa menos “natural”⁹⁹.

La conclusión de todo lo anterior es que, como alternativa al nacionalismo, cabe una concepción racionalista del cuerpo político, para la que éste no existe con anterioridad a las normas jurídicas que regulan su composición y funcionamiento. Ello debería conducir a relativizar el argumento de la ausencia de un *demos* europeo, puesto que ya existen los instrumentos jurídico-políticos para la construcción de una democracia a escala continental.

5.3. Ciudadanía de la Unión Europea e identidad nacional de los Estados miembros

Cuestión distinta de la relativa al *demos* europeo es que los Tratados constitutivos hayan optado deliberadamente por la preservación de la identidad nacional de los Estados miembros. Así lo demuestra la vinculación a la nacionalidad de la ciudadanía de la Unión Europea, que es el más importante de los instrumentos jurídico-políticos arriba mencionados para la construcción de una democracia a escala continental.

Es bien sabido que, desde el Tratado de Maastricht de 1992, existe una ciudadanía de la Unión Europea (arts.17 y siguientes TCE)¹⁰⁰. La condición de ciudadano de la Unión Europea trae consigo un conjunto de derechos relacionados con la gestión de la cosa pública, tales como el derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo o el derecho de petición, por no mencionar otros derechos que, aun no teniendo un significado político inmediato, también han sido tradicionalmente considerados como propios de los miembros del cuerpo político. Tal es el caso del derecho de residencia y circulación. Pues bien, sin necesidad de entrar en el análisis de esos derechos, hay que llamar la atención sobre lo dispuesto por el apartado primero del art. 17 TUE: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.”

Más arriba se examinó cómo la atribución de la ciudadanía de la Unión Europea por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros es una de las razones por las que no cabe sostener que la Unión Europea tenga carácter estatal. Ahora conviene llamar la atención sobre otro extremo: el hecho de que esa remisión se haga precisamente a la nacionalidad, no a otra cosa.

La nacionalidad puede ser definida como la condición de sujeción permanente de una persona a un Estado¹⁰¹. Se trata de un *status*: una situación en que puede hallarse un individuo y que determina su capacidad para ser titular de ciertos derechos y deberes. La nacionalidad sirve, así,

⁹⁹ Véase C. MOSSE (1991), *Les institutions grècques*, 2ª ed., Armand Colin, París, p. 15 ss.

¹⁰⁰ Véase nota 85.

¹⁰¹ Sobre la idea de nacionalidad, véase F. DE CASTRO Y BRAVO (1984), *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, p. 368 ss., y F. RIGAUX (1985), *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, p. 133 ss.

para delimitar el ámbito de aplicación de ciertas normas jurídicas. Es algo similar a lo que, en otros tiempos, fueron la libertad o la esclavitud, la condición de padre o de hijo, el sexo masculino o femenino, el estado de clérigo o de seglar, etc. La nacionalidad así entendida ha ido progresivamente perdiendo relevancia. Cada vez hay menos normas jurídicas que se apliquen por razón de nacionalidad. En efecto, las leyes penales, procesales y de policía se aplican normalmente a todos los que se hallan en el territorio del Estado, y las leyes tributarias suelen aplicarse bien por la residencia, bien de manera territorial. Ello significa que la nacionalidad es relevante básicamente para determinar a quién se aplican algunas normas civiles: aquéllas que siguen la llamada “ley personal”, como son destacadamente las relativas a la mayoría de edad, las relaciones familiares y las sucesiones. Ahora bien, incluso aquí hay que hacer una matización: no deja de haber ordenamientos, principalmente en la familia del *common law*, en que la ley personal viene dada por la residencia habitual. A ello hay que añadir que entre las grandes conquistas jurídicas del liberalismo está la desvinculación entre la plena capacidad jurídica y la pertenencia al cuerpo político. Ya el art. 7 del *Code Napoléon* era terminante, al disponer que “el ejercicio de los derechos civiles es independiente de la cualidad de ciudadano”. No otra cosa, en el fondo, es lo que proclama con alcance general el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.” La conclusión de todo lo anterior es que, en el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el papel de la nacionalidad es menos importante de lo que a menudo se cree.

No obstante, hay algunos ámbitos donde la nacionalidad sigue teniendo verdadera relevancia. Uno de ellos es, significativamente, el derecho de residencia y circulación dentro del territorio estatal: la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos lo atribuyen, de manera automática e incondicionada, sólo a los nacionales, a la vez que dificultan su adquisición a los extranjeros. Y otro es la ciudadanía: en la mayor parte de los países, la nacionalidad es el criterio de atribución de los derechos y deberes relacionados con la cosa pública; es decir, la pertenencia al cuerpo político suele venir dada por la nacionalidad. Llegados a este punto, es conveniente hacer dos observaciones adicionales.

Por un lado, el hecho de que la nacionalidad sea el criterio normal de atribución de la ciudadanía no responde a ninguna necesidad inexorable. Sin remontarse a experiencias anteriores a las revoluciones liberales, baste señalar que, en los Estados Unidos durante el siglo XIX, no pocos Estados concedían el derecho de sufragio en las elecciones estatales y locales a todos los residentes aunque fueran extranjeros, a veces condicionándolo al servicio en la milicia. Se deja sentir aquí la antigua lógica republicana -porque se es soldado se tiene derecho a votar- opuesta a la lógica puramente liberal, según la cual el ciudadano tiene derechos innatos y únicamente aquellas cargas que excepcionalmente le imponga la ley. Tan sólo entrado el siglo XX se puso fin a este estado de cosas, al parecer a causa de las exigencias de seguridad derivadas de la participación norteamericana en la Primera Guerra Mundial¹⁰². Este ejemplo muestra cómo la titularidad de derechos y deberes políticos puede no estar reservada a los nacionales. Por ello, no

¹⁰² Véase M. J. GAROT (1997), “Electeur, soldat, citoyen (Les droits politiques des étrangers aux Etats Unis, de la période coloniale aux lendemains de la Première Guerre Mondiale)”, *Pouvoirs*, núm. 83, p. 151 ss.

es descabellado pensar que el mismo proceso de democratización que ha ido suprimiendo paulatinamente la vieja distinción entre ciudadanos activos y pasivos –en las modernas sociedades democráticas, la única categoría de nacionales excluida de los derechos políticos son los menores de edad- podría conducir a abolir la diferenciación entre nacionales y extranjeros residentes a efectos de la titularidad de derechos y deberes políticos.

Por otro lado, el hecho de que la nacionalidad sea el criterio normal de atribución de la ciudadanía implica configurar el cuerpo político a imagen y semejanza de la comunidad de los nacionales. Este extremo merece ser profundizado: existen importantes estudios politológicos que, además de recordar que los distintos modos de adquisición de la nacionalidad (*ius sanguinis* y *ius soli*) responden a determinadas necesidades sociales y económicas, también han puesto de relieve que, en circunstancias relativamente similares, la opción de un ordenamiento jurídico puede obedecer a condicionamientos ideológicos profundos. Es clásica, en este orden de consideraciones, la comparación entre Alemania y Francia: mientras que aquélla difícilmente atribuye la nacionalidad a los inmigrantes ni siquiera tras varias generaciones –son púdicamente calificados de “trabajadores invitados”-, ésta ha tendido tradicionalmente a naturalizar a quienes se han establecido en el país aceptando sus valores políticos fundamentales. Ello implica que sus respectivas “autopercepciones” como nación son distintas: Alemania se ve a sí misma en clave etno-cultural, y Francia en clave republicana¹⁰³.

A la vista de todo lo anterior, es claro que atribuir la ciudadanía de la Unión Europea por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros implica renunciar a construir un cuerpo político homogéneo; o, por decirlo en términos positivos, implica aceptar que el cuerpo político es un mosaico al que cada Estado miembro aporta un contingente humano delimitado según principios diferentes. La ciudadanía de la Unión Europea no se basa en ningún principio unitario, más allá del respeto a la libre opción de cada Estado miembro a la hora de definir quiénes son sus nacionales.

Este último dato tiene un profundo significado desde el punto de vista de las identidades colectivas. En la medida en que la ciudadanía de la Unión Europea se define por remisión a la nacionalidad de los Estados miembros, el cuerpo político no se asemeja al unitario *we the People* de la Constitución de los Estados Unidos. Se trata, más bien, de un cuerpo político formado por “los pueblos” de Europa, a que se refiere significativamente el art. 1 TUE. Esta misma idea de una pluralidad de pueblos es retomada por el art. 189 TCE, al enunciar la representación que ostenta el Parlamento Europeo. Pues bien, en esta garantía de la existencia de una pluralidad de pueblos, que confluyen para dar vida a una ciudadanía común, radica probablemente el sentido del apartado tercero del art. 6 TUE: “La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.” Y en parecidos términos se pronunciaba el apartado primero del art. 5 de la fallida Constitución para Europa, al decir que “la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos”. Esto

¹⁰³ Véase R. BRUBAKER (1992), *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/Londres; y Y.N. SOYSAL (1994), *Limits of Citizenship (Migrants and Postnational Membership in Europe)*, Chicago University Press, Chicago/Londres.

es algo más que una mera proclamación retórica, tendente a tranquilizar a quienes ven en las instituciones comunitarias un peligroso instrumento de uniformización de modos de vida. Significa que hay una regla fundamental en la integración europea en virtud de la cual cada Estado miembro conserva la facultad de definir por sí solo quiénes forman parte de él y, siempre dentro del respeto a los postulados básicos de la democracia constitucional y los derechos humanos, puede hacerlo adoptando la imagen que en cada momento tenga de sí mismo. En suma, la Unión Europea se basa en una pluralidad de identidades nacionales, tanto en sentido psicológico como jurídico, que conjuntamente forman un cuerpo político supranacional.

Para concluir, hay que observar que la opción a favor del mantenimiento de las identidades nacionales de los Estados miembros influye en la legitimación del poder político ejercido por la Unión Europea. La aceptación del poder político como justo por parte de sus destinatarios no puede lograrse por medios puramente racionales, sino que necesita también de los sentimientos¹⁰⁴. La democracia -quizá más que otras formas de gobierno, donde el consenso espontáneo de los gobernados es menos importante- requiere, entre otras cosas, una adhesión emocional por parte de los ciudadanos. De aquí la conocida doctrina del “patriotismo constitucional”: dado que la política democrática no puede ser únicamente razón, se preconiza el patriotismo; pero no simplemente porque uno deba amar el país que le ha tocado en suerte, sino porque ese país reúne las exigencias de civilidad impuestas por el constitucionalismo y, por consiguiente, uno puede sentirse legítimamente orgulloso de él¹⁰⁵. Sin embargo, el patriotismo constitucional, que es irreprochable al sostener que uno no debe adhesión a regímenes despóticos o dictatoriales, no explica por qué uno debe obediencia y lealtad a este concreto país democrático y no a otro que sea igualmente democrático. El patriotismo constitucional sirve para vencer las tentaciones románticas, pero no da razones a favor o en contra del *status quo* histórico. Y, por lo que se refiere a la integración europea, no justifica por qué es deseable la limitación de la soberanía de los Estados miembros a favor de una estructura supranacional. A diferencia de sus Estados miembros, la Unión Europea no puede contar con ningún tipo de identidad colectiva como factor sentimental para su legitimación. Sólo puede contar con la creencia de que, en principio, unir es bueno.

¹⁰⁴ Véase la nítida exposición de A. PASSERIN D'ENTRÈVES (1967), *La dottrina dello Stato*, 2ª ed., Giappichelli, Turín, p. 241 ss.

¹⁰⁵ Véase J. HABERMAS (1992), “Cittadinanza politica e identità nazionale”, recogido en su libro *Morale, diritto e politica*, Einaudi, Turín, p. 105 ss.

6. Bibliografía

M. ACALE SÁNCHEZ (2007), "Sentencia de 13.09.2005, Comisión c. Consejo, C-176-03- Medio ambiente, derecho penal y Europa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 26, p. 171 ss.

R. ARNOLD (1993), *La unificación alemana (Estudios sobre derecho alemán y europeo)*, Civitas, Madrid.

M. AZIZ (2002), "Sovereignty Lost, Sovereignty regained?", *The Columbia Journal of European Law*, núm. 9, p. 109 ss.

M. AZPITARTE SÁNCHEZ (2002), *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario*, Civitas, Madrid.

J. BAQUERO CRUZ (2007), "The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement", EUI Working Papers RSCAS 2007/13.

--- (2002), *Entre competencia y libre circulación (El derecho constitucional económico de la Comunidad Europea)*, Civitas, Madrid.

S. BARIATTI (2004), "Art. 308 TCE", en A TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, cit., p. 1376 ss.

A. BIONDI y C. BALOCCHINI (2004), "Corti nazionali sotto processo: ingiusto arricchimento e principio di effettività del diritto comunitario", *Il diritto dell'Unione Europea*, p. 619 ss.

P. BISCARETTI DI RUFFIA (1988), *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Giuffrè, Milán.

N. BOBBIO (1995), *Il futuro della democrazia*, 3ª ed., Einaudi, Turín, p. 195 ss.

L. BOURGORGUE LARSEN (2005), "El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ante el Consejo Constitucional francés", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, p. 257 ss.

R. BRUBAKER (1992), *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/Londres.

T. BUERGENTHAL y H.G. MAIER (1990), *Public International Law*, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul.

J. C. CALHOUN (1996), *Disquisición sobre el gobierno*, Tecnos, Madrid, con estudio preliminar de P. Lucas Verdú.

E. CANNIZZARO (2004), "Art. 281 TCE", en A TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milán, p. 1261 ss.

J.C. CARRILLO SALCEDO (1991), *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid.

P. CARROZZA (2006), "El 'multilevel constitutionalism' y el sistema de fuentes del derecho", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 19, p. 341 ss.

M. CARTABIA (2005), "Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione Europea e le costituzioni nazionali", *Il diritto dell'Unione Europea*, p. 583 ss.

--- (1995), "Cittadinanza europea", en *Enciclopedia giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma.

S. CASSESE (1991), "La costituzione europea", *Quaderni costituzionali*, p. 487 ss.

--- (2003), *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma/Bari.

K. CAUNES (2003), "Constitutionalism in Europe in the Era of the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe", *EUI Review*, invierno, p. 10-11.

E. CHITI (2002), *Le agenzie europee*, Cedam, Padua.

C. CLOSA (1997), *Sistema político de la Unión Europea*, Editorial Complutense, Madrid.

--- (1995), "Citizenship of the Union and Nationality of the Member States", en *Common Market Law Review*, núm. 32.

E. COBREROS MENDAZONA (2004), "La responsabilidad por actuaciones judiciales", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 10, p. 289 ss.

R. CRAUFORD SMITH (2003), "Remedies for Breaches of EC Law in National Courts: Legal Variation and Selection", en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 287 ss.

D. CURTIN (1993), "The Constitutional Structure of the European Union: A Europe of Bits and Pieces", *Common Market Law Review*, núm. 30, p. 17 ss.

D. CURTIN y I.F. DEKKER (2003), "The EU as a 'Layered' International Organization: Institutional Unity in Disguise", en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 83 ss.

R. DAHL (2001), "Is Post-National Democracy Possible?", en S. FABBRINI (ed.), *Nation, Federalism and Democracy*, Compositori, Roma, p. 35 ss.

F. DE CASTRO Y BRAVO (1984), *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid

T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2006), *El sistema europeo de distribución de competencias*, Civitas, Cizur-Menor.

--- (2006), "La Orden Europea de Detención y el principio de reciprocidad", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 18, p. 279 ss.

B. DE WITTE (1994), "Rules of change in international law: How special is the European Community", *Netherlands Yearbook of International Law*, núm. 25, p. 299 ss.

--- (1998), "Sovereignty and European Integration (The Weight of Legal Tradition)", en A.

SLAUGHTER, A. STONE SWEET y J. H. WEILER (eds.) (1998), *The European Court and National Courts (Doctrine and Jurisprudence)*, Hart, Oxford, p. 277 ss.

--- (1999), "La estructura en pilares y la naturaleza de la Unión Europea", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 53-2, p. 11 ss.

G. DELLA CANANEA (2003), *L'Unione Europea: un ordinamento composito*, Laterza, Roma/Bari.

R. DEHOUSSE (2002), "Un nouveau constitutionnalisme?", en R. DEHOUSSE (ed.), *Une Constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Po, París, p. 19 ss.

L. M. DÍEZ-PICAZO (2005), "Hacia una teoría de la coacción en el derecho de la Unión Europea", en L. ORTEGA ÁLVAREZ (ed.), *La seguridad integral europea*, Lex Nova, Valladolid, p. 119 ss.

--- (2002), *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid.

--- (1993), "Reflexiones sobre la idea de constitución europea", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 20, p. 533 ss.

M. DÍEZ DE VELASCO (1976), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.

P.M. DUPUY (2000), *Droit international public*, 5ª ed., Dalloz, París.

--- (1988), *Manuel sur les organisations internationales*, Martinus Nijhoff, Dordrecht.

J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (2002), *Introduction au droit de l'Union Européenne*, 3ª ed., Hachette, París, p. 126 ss.

C. D. EHLMANN e Y. MÉNY (eds.) (2000), *Reforming the Treaties' Amendment Procedures*, Istituto Universitario Europeo, Florencia.

M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN (1999), *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer, La Haya/Londres/Boston.

N. FERNÁNDEZ SOLA (ed.) (2004), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid.

--- (2002), "La subjetividad internacional de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 11, p. 85 ss.

L. FERRAJOLI (1995), *La sovranità nel mondo contemporaneo*, Anabasi, Milán.

M. FRAILE ORTIZ (2003), *El significado de la ciudadanía europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

M. GARCÍA PELAYO (1984), *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª ed., Alianza, Madrid, p. 205 ss.

A. GARDELLA (2004), "Art. 295 TCE", en A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione Europea e della*

Comunità Europea, cit., p. 1312 ss.

M.J. GAROT (1999), *La citoyenneté de l'Union Européenne*, L'Harmattan, París/Montreal.

--- (1997), "Electeur, soldat, citoyen (Les droits politiques des étrangers aux Etats Unis, de la période coloniale aux lendemains de la Première Guerre Mondiale)", *Pouvoirs*, núm. 83, p. 151 ss.

E. GELLNER (1997), *Nationalism*, Weidenfeld and Nicholson, Londres.

C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI (2002), *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma/Bari.

G. GÓMEZ ORFANEL (2005), "La coerción federal en el derecho comparado", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, p. 41 ss.

D. GRIMM (1995), "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, núm. 1.

P. HÄBERLE (1998), "¿Existe un espacio público europeo?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, p. 113 ss.

J. HABERMAS (1995), "Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'"', *European Law Journal*, núm. 1.

--- (1992), *Morale, diritto e politica*, Einaudi, Turín.

C. HARLOW (2002), *Accountability in the European Union*, Oxford University Press, Oxford.

H. L. A. HART (1977), *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

T. C. HARTLEY (1999), *Constitutional Problems of the European Union*, Hart, Oxford.

C.W. HERRMANN, "Much Ado about Pluto? (The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited)", *EUI Working Papers RSCAS 2007/05*.

R. HOFSTADTER (1959), *Great Issues in American History*, vol. 2, Vintage Books, Nueva York.

V. JACKSON (2004), "Comparative constitutional federalism and transnational judicial discourse", *International Journal of Constitutional Law* nº 2, p. 91 ss.

J. P. JACQUE (2003), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2ª ed., Dalloz, París.

A. E. KEIR NASH (1992), "State Sovereignty and States' Rights", en K.L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford.

H. Kelsen (1979), *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

C. KLEIN (1996), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France, París, p. 123 ss.

H.W. KOCH (1984), *A Constitutional History of Germany*, Longman, Harlow/Nueva York, p. 116 ss.

J. KOMÁREK (2005), "Pluralismo constitucional europeo tras la ampliación", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 16, p. 627 ss.

M. KUMM (2005), "The Jurisprudente of Constitutional Conflict", *European Law Journal*, núm. 11, p. 262 ss.

A. LA PÉRGOLA (1994), *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

J. L. QUERMONNE (2005), *Le système politique de l'Union Européenne*, 6ª ed., ontchrestien, París.

K. LENAERTS y P. VAN NUFFEL (1999), *Constitutional Law of the European Union*, Sweet and Maxwell, Londres.

V. LIPPOLIS (1994), *La cittadinanza europea*, Il Mulino, Bolonia.

M. P. MADURO (2005), "The importance of being called a constitution (Constitutional authority and the authority of constitutionalism)", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, p. 332 ss.

--- (2003), "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", en N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, Oxford, p. 521 ss.

G. MAJONE (1994), "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, núm. 17, p. 77 ss.

G. F. MANCINI (2004), *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bolonia.

A. MANGAS MARTÍN (2005), *La Constitución europea*, Iustel, Madrid.

F. J. MATÍA PORTILLA (2002), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid.

N. MATTEUCCI (1983), "Sovranità", en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO (eds.), *Dizionario di politica*, 2ª ed., Utet, Turín, p. 1102 ss.

R. G. MCCLOSKEY (1960), *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, Chicago/Londres.

N. MCCORMICK (1995), "The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now", *European Law Journal*, núm. 1, p. 258 ss.

Lord MCNAIR (1961), *The Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford.

I. MÉNDEZ DE VIGO (2005), *El rompecabezas (Así redactamos la Constitución Europea)*, Biblioteca Nueva, Madrid.

Y. MÉNY (2000), *Tra utopia e realtà (Una costituzione per l'Europa)*, Passigli, Florencia.

C. MOSSE (1991), *Les institutions grècques*, 2ª ed., Armand Colin, París.

A. NIETO MARTÍN (2006), "Posibilidades y límites de la armonización del derecho penal tras Comisión c. Consejo", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 17, p. 105 ss.

S. O'LEARY (1996), *The Evolving Concept of European Citizenship*, Kluwer, La Haya/Londres/Boston.

B. OLIVI (1993), *L'Europa difficile (Storia politica della Comunità Europea)*, Il Mulino, Bolonia.

M. PANEBIANCO (1992), "Trattato (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milán, p. 1364-1366.

A. PASSERIN D'ENTRÈVES (1967), *La dottrina dello Stato*, 2ª ed., Giappichelli, Turín, p. 241 ss.

P. PÉREZ TREMPES (2000), "Las fuentes internacionales y supranacionales", en L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, vol. 1, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

B. POLONI (2000), *Histoire constitutionnelle de l'Allemagne*, Ellipses, París.

I. PERNICE (2003), "Derecho constitucional europeo y derecho constitucional de los Estados miembros", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8.

--- (2004), *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, París.

P. PESCATORE (2004), "Monismo, dualismo y efecto útil en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 9, p. 5 ss.

C. PINELLI (2002), *Il momento della scrittura (Contributo al dibattito sulla Costituzione europea)*, Il Mulino, Bolonia.

J. C. PIRIS (2006), *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Marcial Pons, Madrid.

G. RABASSA (1975), "Calhoun", *Encyclopedia Americana*, vol. 5, Americana Corporation, Nueva York, pp. 193-195.

J. RIDEAU (1996), *Droit institutionnel des Communautés européennes*, 2ª ed., LGDJ, París.

F. RIGAUX (1985), *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid.

G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (2004), "El Consejo Constitucional de Francia reconoce la competencia exclusiva del juez comunitario para examinar la validez de una directiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, p. 393 ss.

--- (2003), "La constitucionalización de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 16, p. 893 ss.

G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ (1997), "El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm 2, p. 329 ss.

S. ROMANO (1990), "Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato", *Scritti minori*, vol. 1, Giuffrè, Milán, p. 203 ss.

F. RUBIO LLORENTE (1996), "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48.

A. RUIZ ROBLEDO y C. CHACÓN PIQUERAS (1999), "Comentario del dictamen del Tribunal Supremo canadiense de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Québec", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 3, p. 275 ss.

G. SARTORI (1993), *Democrazia*, Rizzoli, Milán.

C. SCHMITT (1982), *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.

B. SCHWARTZ (1963), *The Reins of Power (A Constitutional History of the United States)*, Hill and Wang, Nueva York, pp. 28-29, 68 y 132.

L. SIEDENTOP (2001), *La democracia en Europa*, Siglo XXI, Madrid.

A. G. SOARES (2005), "The Division of Competences in the European Constitution", *European Public Law*, núm. 11, p. 603 ss.

Y.N. SOYSAL (1994), *Limits of Citizenship (Migrants and Postnational Membership in Europe)*, Chicago University Press, Chicago/Londres.

H. STEINBERGER (1987), "Sovereignty", en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, North-Holland, Amsterdam, p. 397 ss.

A. STONE SWEET (1994), "What is a Supranational Constitution?", *Review of Politics*, núm. 56, p. 441 ss.

M. SUKSI (1992), "Ondate baltiche? L'evoluzione costituzionale di Estonia, Lettonia e Lituania", *Quaderni costituzionali*, p. 510 ss.

O. TAMBOU (2004), "El Consejo Constitucional francés y la relación del derecho comunitario con la

Constitución francesa", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, p. 60 ss.

G. B. TINDALL y D. E. SHI (1994), *America (A Narrative History)*, 3ª ed., Norton and Co., Nueva York/Londres.

A. TIZZANO (1998), "La personalità internazionale dell'Unione", *Il diritto dell'Unione Europea*, núm. 2-3/98, p. 377 ss.

--- (2003), "Prime note sul progetto di Costituzione europea", *Il diritto dell'Unione Europea*, pp. 265-268.

L. H. TRIBE (1988), *American Constitutional Law*, 2ª ed., Foundation Press, Mineola.

A. VON BOGDANDY y J. BAST (eds.) (2006), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford/Pórtland.

G. VEDEL (1993), "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoirs*, núm. 67, p. 79 ss.

J. J. VOGEL (1996), "El régimen federal en la Ley Fundamental", en E. BENDA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, pp. 627-628.

M. WEBER (1992), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.

J. H. H. WEILER (1995), "Does Europe Need a Constitution? (Demos, Telos and the German Maastricht Decision)", *European Law Journal*, núm. 1.

--- (1985), *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bolonia.

C. WITHOL DE WENDEN (1997), *La citoyenneté européenne*, Presses de Sciences Po, París.

--- (1999), *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge.

--- (2003), "Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order", en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 177 ss.

J. ZILLER (2003), *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bolonia.

E. ZOLLER (2007), *Introduction au droit public*, Dalloz, París.